

〈특집: IMF 구제금융 이후 한국사회의 법적 변화〉

## IMF 구제금융 이후의 한국의 노동법제 발전<sup>\*</sup>

李 哲 洙<sup>\*\*</sup>

### 요 약

노동법제는 경제적 상황, 사회적 맥락, 이데올로기의 복합적 산물인바, IMF 구제금융이 우리의 노동법제에 지대한 영향을 미쳤다. 대표적으로 IMF를 계기로 인류 역사상 유례를 찾아보기 힘들 정도로 사회경제적 이슈에 관해 사회적 대타협이 성공을 거두었고, 이는 21세기 초중반의 노동법제의 형성을 규정하는 주요 변수로 작용하였다. 1953년 일본법을 계수하여 마련된 노동 4법은 이후 정변이 거듭될 때마다 파란만장한 변화를 경험해 왔지만, IMF 이후만큼 질적, 양적으로 많은 변화를 겪은 적은 없었다. 또한 사회적 대타협과 이후의 노동법제의 제·개정 과정을 살펴보면, 대부분 노사관계 주체인 노·사·정의 참여와 대화를 통해 사회적 조합주의(social corporatism)를 실험하였다는 점이 특징적이다.

IMF 이후 우리 노동법제의 형성에 영향을 미친 사건으로 Lehman Brothers의 붕괴로 상징되는 미국발 금융위기를 꼽을 수 있다. 종전의 신자유주의의의 탐욕과 시장만능주의를 경계하는 새로운 시대사조가 나타나는 계기가 되었다. 그 결과 부의 양극화 해소와 사회적 관점의 강조는 단순히 인권보장적 동기에서뿐만 아니라 경제회생의 전제조건으로 자리매김하게 된다.

본고는 IMF 이후의 대대적인 법제의 진화과정을 법제형성과정에 직접 참가한 필자의 경험과 기존의 연구를 활용해 묘사하고자 하였다. 제2장에서 한국노동법제의 변천사를 약술한다. 이는 IMF 이전의 노동법제의 변천사와의 연관성 속에서 IMF를 이해하기 위함이다. 제3장에서 IMF 이후의 구체적 법제정 또는 개정 내용을 일별한다. 본장에서는 필자의 주관을 배제하고 사실 기술적으로 정리하고자 한다. 제4장에서는 2000년대 초중반 노동법학계의 주요담론을 소개한다. 전체적인 맥락 속에서 법제의 변화를 이해할 수 있게 하기 위함이다. 신자유주의적 사조가 그 당시의 담론에 많은 영향을 미친 점을 확인할 수 있을 것이다. 제5장에서는 최근의 입법론상, 해석론상의 쟁점을 정리, 소개한다. 신자유주의적 사조가 한풀 꺾인 상황에서 현재 진행형으로 진행되는 쟁점 중 필자가 의미 있다고 생각하는 것들을 선별한 것이다.

\* 이 논문은 서울대학교 법학연구소 기금의 2012년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

주제어: IMF 구제금융과 미국발 금융위기, 2.6 사회협약, 유연안정성, 근로계약법제 논의, 산별체제 전환, 사내하도급 근로자, 통상임금, 종업원대표시스템

## I. 들어가며

노동법제는 경제적 상황, 사회적 맥락, 이데올로기의 복합적 산물인바,<sup>1)</sup> IMF 구제금융이 우리의 노동법제에 지대한 영향을 미쳤다는 사실은 긴 설명이 필요 없다. 대표적으로 IMF를 계기로 인류 역사상 유례를 찾아보기 힘들 정도로 사회경제적 이슈에 관해 사회적 대타협이 성공을 거두었고, 이는 21세기 초중반의 노동법제의 형성을 규정하는 주요 변수로 작용하였다. 1953년 일본법을 계수하여 마련된 노동 4법은 이후 정변이 거듭될 때마다 과란만장한 변화를 경험해 왔지만, IMF 이후만큼 질적, 양적으로 많은 변화를 겪은 적은 없었다. 또한 사회적 대타협과 이후의 노동법제의 제·개정 과정을 살펴보면, 대부분 노사관계 주체인 노·사·정의 참여와 대화를 통해 사회적 조합주의(social corporatism)를 실험하였다는 점이 특징적이다. 과거 권위주의 정부 시절의 법개정과 달리 어느 일방의 의사가 지배적으로 관철될 수가 없었다는 것을 의미하고, 그만큼 법제의 내용이 나름대로의 역사성과 사회성을 반영하고 있다고 평가할 수 있다. 이는 곧 과거의 궤적을 통해서 IMF 이후의 법제 변화를 읽어야 의미내용을 제대로 파악할 수 있다는 것을 의미한다고 할 수 있다.

IMF 이후 우리 노동법제의 형성에 영향을 미친 사건으로 리먼 브라더스(Lehman Brothers Holdings) 붕괴로 상징되는 미국발 금융위기를 꼽을 수 있다. 작년 대선에서 여야 대선 후보 모두 경제민주화를 경쟁적으로 주창한 사실을 상기시키지 않더라도, 분명 종전의 신자유주의의의 탐욕과 시장만능주의를 경계하는 새로운 시대 사조가 대세를 형성하고 있는 듯하다. 부의 양극화 해소와 사회적 관점의 강조는

1) Blain과 Gennard의 공식에 따르면  $R(\text{rule}) = F(A, T, E, S, I)$ 의 방정식이다. A는 이 법칙에 포함된 배우(사용자, 근로자, 정부), T는 기술, E는 시장에서의 경제발전, S는 사회, I는 이데올로기를 상징한다. Blain/Gennard, "Industrial Relations Theory", *British Journal of Industrial Relations*, 1970 (Heijden, "Post-Industrial Labour Law and Industrial Relations in the Netherlands", *Labour Law in Post-Industrial Era*, Dartmouth, 1994, 143면에서 재인용).

단순히 인권보장적 동기에서뿐만 아니라 경제회생의 전제조건으로 자리매김하게 된다.<sup>2)</sup> 이러한 흐름은 최근 하도급근로자와 특수직종사자의 보호문제뿐만 아니라 복지수요의 증대와 밀접한 연관성을 지니고 있다고 할 수 있다.

IMF 이후의 대대적인 법제의 진화과정을 어떻게 정리해야 할지 규범학을 공부하는 필자로서는 매우 난감한 일이다. 어느 하나의 관점으로 통일적으로 도식화할 수 없는 성격의 작업이기도 하려니와 그렇다고 하여 단순히 사실 기술적으로 법 내용을 개별적으로 소개하는 것은 법제변화의 전체적 맥락을 놓칠 우려가 있다고 생각되었다. 그래서 법제형성과정에 직접 참가한 필자의 경험과 기존의 연구를 활용해 본고를 재구성해 보려고 시도하였다.

제2장에서 한국노동법제의 변천사를 약술한다. 이는 IMF 이전의 노동법제의 변천사와의 연관성 속에서 IMF를 이해하기 위함이다.

제3장에서 IMF 이후의 구체적 법제정 또는 개정 내용을 일별한다. 본장에서는 필자의 주관을 배제하고 사실 기술적으로 정리하고자 한다.

제4장에서는 2000년대 초중반 노동법학계의 주요담론을 소개한다. 전체적인 맥락 속에서 법제의 변화를 이해할 수 있게 하기 위함이다. 신자유주의적 사조가 그 당시의 담론에 많은 영향을 미친 점을 확인할 수 있을 것이다.

제5장에서는 최근의 입법론상, 해석론상의 쟁점을 정리, 소개한다. 신자유주의적 사조가 한풀 꺾인 상황에서 현재진행형으로 진행되는 쟁점 중 필자가 의미 있다고 생각하는 것들을 선별한 것이다.

## II. 우리나라 노동법제의 변천:

### 효율성과 형평성의 변증법적 지양을 위한 기나긴 과정

#### 1. 노동법제의 발전

1953년에 우리의 노동법의 골격이 갖추어진 이후 짧은 기간 동안 그 변천사는

2) 이와 관련한 스티글리츠의 진단을 들어보자. “경제위기로 인해 발생한 문제에 접근할 때, 자동 안전판과 사회보호를 유지하는 것이 얼마나 중요한지를 기억해야 한다. 건전하고 지속가능한 경제를 위해서는 그 밑에 기본으로 깔려 있는 총수요 부족의 문제를 반드시 짚고 넘어가야 한다.” Joseph Stiglitz, “The Global Crisis, Social Protection and Jobs”, *International Labour Review*, Vol. 148 (2009), No. 1-2, p. 13.

우리의 정치사만큼이나 변화무쌍하였다. 노동사회학에서 한국의 노동체제(labor regime)에 관해 논란되고 있지만,<sup>3)</sup> 필자는 한국의 노동법제의 전개를 명목적 생성의 시기(미군정기와 1953. 3. 8. 노동법 제정 이후), 경제적 효율화 강조의 시기(1961-1987), 사회적 형평화의 모색의 시기(1987-1997), 사회적 형평화와 경제적 효율화 조화의 시기(1998년 노동법 대개정 이후)로 나누어 살펴보고자 한다.

#### 가. 명목적 생성의 시기

한국에서는 1953년에 들어서야 비로소 근로기준법, 노동조합법, 노동쟁의조정법, 노동위원회법이 제정되어 노동법제의 기본골격이 형성되었다. 그 이전에는 사안에 따라 임시방편적으로 단행법령이 제정·운영되었는바, 미군정이 제정·시행한 몇몇 법령이 중요한 지침으로 작용하였다. 1953년의 노동관계법은 한국 노사관계의 현실을 반영하거나 외국법제에 관한 면밀한 조사와 연구를 통해 제정된 것이 아니고, 미군정기의 노동정책 하에서 형성된 법적 관행의 일정 부분을 수용하면서 기본적으로는 일본의 노동관계법을 계수<sup>4)</sup>한 것이었다.

이 당시의 집단적 노동관계법은 노동조합의 자유설립주의를 보장하고 협약자치를 최대한 존중하는 등 집단적 자치의 원칙에 비교적 충실한 입법이었지만, 근대적 의미의 노사관계가 형성되어 있지 않은 상황이라 법의 실효성을 기대하기가 힘들었다.

#### 나. 경제적 효율성 강조의 시기

산업화에 박차를 가한 제3공화국(1961-1970)에서부터 정치적 정당성의 결여로 정권유지에 급급했던 유신체제(1971-1979)와 제5공화국(1980-1986)의 권위주의 정부 하에서는 노동관계법은 경제적 효율성 내지 기능적 효율성을 극대화시키기 위

3) 대표적으로 1998년 이전의 단계를 정책의사결정과정에서 노동자를 포섭하는가의 여부(수용-배제), 노동시장의 작동방식(시장적-제도적), 국가와 노동운동과의 관계(자율-억압)의 세 가지 기준에 따라 노동체제를 분류하는 장흥근 교수의 연구를 들 수 있다(장흥근, 한국노동체제의 전환과정에 관한 연구, 서울대학교 사회학과 박사학위논문, 1999, 30-35면 참조). 이 외에도 87 레짐의 성격과 한계를 분석한 최근의 연구로 노용진, “우리나라 노동조합과 노사관계의 변화-2000년대 후반을 중심으로”, 유경준 편집, **노동조합의 경제적 효과와 근로자대표권 연구**, 한국개발연구원(2014. 3) 참조.

4) 최근 제정 노동법과 일본 노동법의 비교를 통하여 그 차별성에 드러난 논문으로는 강성태, “제정 노동법의 주요내용과 특징”, **노동법학**, 제48호, 한국노동법학회(2013. 12), 160면 이하 참조.

한 도구로서의 성격이 강하였다. 노사협의회를 매개로 한 협조적 노사관계의 진작이라는 구호도 그 실상은 노동삼권의 위축을 도모한 것이었다. 노동정책 역시 그 특수성이 무시된 채 경제정책에 종속되었고 그 결과 노동자의 단결활동은 철저히 제약받았다. 노동시장에서 노사의 집단자치가 작동되지 않고 국가가 주도권을 행사하는 가부장적 노사관계가 형성되었다.

이 당시의 법개정 경향을 형식적으로 보면, 집단적 노동관계법 영역에 있어 규제와 억압을 강화하고 개별적 노동관계법 영역에 있어 노동자 보호를 강화한 것으로 정리할 수 있을 것이다. 그러나 실질적으로 보면, 근기법의 수규자인 사용자가 법을 준수하지 않은 것은 물론이고 국가가 이를 수수방관하는 경우가 많았기 때문에, 보호법으로서 기능은 한계가 있을 수밖에 없었다.

#### 다. 정치적 민주화와 사회적 형평성의 모색

1987년에서 1997년에 이르는 노동관계법의 개정과정은 이전 시기의 법개정 과정과는 뚜렷한 차이를 보이고 있다. 우선 절차적인 측면에서 보면 1987년에 이루어진 노동관계법의 개정은 노동관계법의 제정 이후 최초로 정상적인 입법기관에 의해 정치권의 토론과정을 거쳐 여야의 합의로 이루어졌다. 법 내용의 측면에서 볼 때에 집단적 자치는 부분적으로 후퇴하기도 하였지만 전체적으로 볼 때에 꾸준하게 확대되어 왔다. 집단적 자치의 확대는 노동운동의 발전에 조응하는 것이었다.

1990년에 들어와 WTO체제로 세계경제질서가 재편되고 한국이 ILO 회원국에 가입함에 따라 국제화·세계화의 시각에서 노동법을 재검토할 필요성이 제기되었다. 아울러 계속되는 노동계의 법개정 요구와 함께 노동의 유연성제고 및 기업경쟁력 강화를 기치로 사용자 측에서 근기법 개정을 강력히 주장하였다. 이것이 김영삼 정부에서 노사관계개혁위원회가 발족된 계기이다. “노사관계 개혁위원회(약칭: 노개위)”는 이전의 양대노총을 포함하는 노동계 대표의 참여가 보장되었을 뿐 아니라 노사관계 개혁과 관련된 주요 현안을 둘러싼 중앙차원의 실질적인 협의가 이루어졌다는 점에서, 사회적 협조주의의 효시를 이룬다고 평가할 수 있다. 노개위에서의 심도 있는 논의와 노동법 총파업, 개정법의 폐지, 재제정의 우여곡절을 거친 끝에 현행법이 마련되었는데, 집단적 노동관계법 영역에서 위헌성이 논란된 문제조항이 상당히 개선되었고 개별적 노동관계법 영역에서는 노동의 유연성을 제고시키는 규정이 도입되었다. 아울러 합리적으로 제도를 개선한 부분도 많이 발견된다.

이 시기는 노동관계법 개정의 절차·내용면에서의 정상화 과정이라고 평가할 수

있다. 이러한 정상화는 사회 전반의 민주화에 의하여 비로소 가능하였다. 1987년의 이른바 6월 항쟁에서 시작되는 한국의 민주화의 진전은 노동관계법의 개정과 직접적인 관련성을 가진다.

#### 라. 사회적 형평성과 경제적 효율성의 조화 모색

1997. 11. 21. 국제통화기금(IMF)에 자금지원요청을 하기에 이른 1997년 하반기의 외환·금융위기는 한국이 1960년대 이후 40여 년의 경제성장과정에서 경험하지 못했던 초유의 위기상황이었다. 외환·금융위기에 의한 경제위기로 대량실업사태와 임금저하현상이 속출하였고, 1997년 노동법체계에 대한 재검토가 불가피하게 되었다.

노사관계에서 이러한 움직임은 노사정위원회 발족의 요인으로 작용하였다. 노사정위원회에서의 합의 등을 기초로 하여, 새로운 제도가 도입되기도 하고 기존의 제도가 일부 수정됨으로써, 1998년 후 노동관계법제는 상당 부분 변모하게 된다. 뒤에서 자세히 살펴보는 바와 같이 개별적 노동관계법 영역에서는 정리하고 법제가 근로기준법의 개정을 통해 일부 수정되었고, 근로자과견제가 새로이 도입되었으며, 사용자 도산시 임금채권 등의 보호를 내용으로 하는 근로기준법의 개정 및 임금채권보장법의 제정 등의 변화가 있었다. 집단적 노동관계법 영역에서는, 교원의 노동조합 설립이 가능하게 되었으며 공무원의 직장 내 단결활동이 공무원직장협의회를 통해 일부 가능하게 되었고, 노동조합의 정치활동의 범위가 노조법상의 관련조문의 삭제 및 정비 그리고 정치관계법의 개정을 통해 확대되는 등의 변화가 있었다.

## 2. IMF 구제금융과 사회적 대타협의 성공

1997년 하반기의 외환·금융위기를 계기로 노사정위원회가 발족하면서 대대적인 노동법제 개선안이 채택되고 이는 이후 2000년대의 법제 형성에 지대한 영향을 미치게 되었다.

1997. 12. 정부와 IMF가 구제금융 협상을 시작하자, 재벌을 필두로 한 많은 기업들은 자체 구조조정계획을 속속 발표하였다. 이런 급박한 사태 전개 속에서 민주노총은 12. 3. ‘경제위기 극복과 고용안정을 위한 노사정 3자기구’를 구성할 것을 공식적으로 제안하였다. 1997. 12. 19. 대통령선거에서 승리한 김대중 대통령 당선자는 12. 24. 경제계 인사와 한국노총 및 민주노총 측을 연이어 만나 3자회의기구의 구성을 제의하였다. 이틀 뒤(12. 26.) 김대중 대통령 당선자는 ‘IMF극복을 위한

노사정협의회'의 구성을 공식적으로 제안하였다. 선거 직후에 3자 기구 구성문제가 가장 시급한 현안으로 다루어진 것은 각 경제주체 간의 사회적 합의 도출을 조건으로 100억불을 조기에 지원받기로 IMF와 약속했기 때문이었다.

노동계는 처음에 노사정협의체가 정리해고를 합법화하기 위한 수순이라는 의구심에서 반발하였다. 왜냐하면 금융·외환위기의 해소를 위하여 당선자 측과 경제정책 담당자를 구성원으로 하여 1997. 12. 22. 구성된 비상경제대책위원회에서 정리해고제도와 파견제도의 도입을 강구하고 있었던바, 노사정협의체가 이 목적에 이용되는 것으로 판단하였기 때문이다. 그러나 김대중 당선자 측에서 정리해고문제뿐만 아니라 재벌개혁 등 경영계개혁추진방침, 교원·공무원의 노동기본권, 노조의 정치활동 보장 등 노동계의 요구사항을 논의하기로 수용함으로써 노사정위원회의 출범이 가능하게 되었다. 1998. 1. 15. 공식발족한 제1기 노사정위원회는 재정경제원장관과 노동부장관, 양 노총 위원장, 전경련과 경총 회장, 각 정당 4명 등 모두 10명으로 구성되었다. 그 산하에 실무(기초)위원회, 전문위원회를 두고 필요에 따라서 분과위원회를 설치할 수 있도록 하였다.

제1차 회의에서 김대중 대통령 당선자는 정부의 우선적 고통 분담, 노사 공정대우, 국가경쟁력 우선이라는 3가지 원칙을 제시하였고, 1998. 1. 19. 의제로서 10개의 논의과제를 선정하였다. 논의과제 중 노동법제도와 직접 관련된 것은 “노동기본권 보장 등 민주적 노사관계 확립”과 “노동시장의 유연성 제고방안”이었다. 전자와 관련하여서는 공무원·교원의 노동기본권 보장 문제, 노조 정치활동 허용범위 확대 등 국제기준에 따른 노동기본권 보장 문제, 노사정 정책협의기구 제도화 문제, 노사 교섭구조 개선방안 등이 구체적 의제로서 포함되어 있었다. 후자와 관련하여서는 고용조정에 관한 법제 정비, 파견근로자 등 비정규고용 관련 제도 정비 등이 설정되어 있었다. 다음 날인 1. 20. 노사정위원회는 ‘경제위기 극복을 위한 노사정 간의 공정한 고통분담에 관한 합의문’을 발표하였다. 역시 정리해고에 대한 직접적인 언급은 없었으나, 관련되는 내용으로, 노동조합은 “기업의 급박한 경영상의 사유가 있을 경우 실업발생을 최소화하기 위해 임금, 노동시간 조정에 적극 노력”하겠다는 내용을 담고 있었다.

노사정위원회는 논의대상 10개 의제를 확정된 후 전문위원회를 중심으로 쟁점사항에 대한 논의를 계속하였다. 노동계의 탈퇴선언 등 우여곡절이 있었으나, 110개의 의제 중 90개 의제에 관하여 합의하였다.

1998. 2. 6. 노사정위원회는 총 90개 항목에 걸친 ‘경제위기 극복을 위한 사회협

약'을 체결하였는데 그중 노동법제와 직접 관련된 것은 다음과 같다.

먼저 정리해고제도와 관련하여, ① 조문명을 종래의 '경영상 이유에 의한 고용 조정'에서 '경영상의 이유에 의한 해고의 제한'으로 바꾼다. ② 경영상의 이유에 의하여 노동자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하되, 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·합병·인수의 경우에도 긴박한 경영상의 이유가 있는 것으로 본다. ③ 합리적이고 공정한 기준에 의한 해고 대상자 선정에서 성차별 금지를 명문화한다. ④ 해고일 60일 전에 노동자대표에게 해고회피방법 및 선정기준을 통보하고 성실히 협의하며 노동부에 사전신고한다. ⑤ 정리해고된 자에 대해서는 재고용노력의무규정을 신설하기로 하고, 부칙소정의 정리해고 2년 유예규정을 삭제하였다.

근로자파견제도와 관련하여서는, 1998. 2. 임시국회에 다음과 같은 내용의 '파견 근로자보호등에관한법률(안)'을 제출할 것을 합의하였다. ① 노동자파견 대상 업무에 있어, 전문지식, 기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무에 대해서는 Positive System을 채택하여 대통령령으로 정하는 업무로 하고, 단순 업무 분야는 Negative System을 채택하여 출산, 질병, 부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력 확보가 필요한 경우에는 법령이 금지하는 업무를 제외하고 허용하도록 하였다. 다만, 후자의 경우에는 노동자 대표 또는 과반수 노조와 사전에 성실히 협의하도록 하였다. ② 파견기간은 1년 이내로 하고 당사자가 합의한 때에는 1회에 한하여 연장할 수 있도록 하였다. ③ 그밖에 차별금지 등 파견노동자보호조치와, 쟁의중인 사업장예의 파견금지, 정리해고 후 일정한 기간 동안 당해 업무의 파견금지 등 노동자파견의 제한, 파견사업주와 사용사업주의 책임소재 등을 명확히 하도록 합의하였다.

사업주의 도산시 근로자의 임금채권을 보장하는 법안을 1998. 2. 임시국회에 제출하도록 합의하였다. 구체적으로는 사업주부담금 등으로 구성된 임금채권보장기금을 설치하고, 5인 이상 사업장의 노동자에 대하여 임금채권 최우선변제 범위인 '최종 3월분의 임금 및 최종 3년간의 퇴직금' 중 대통령령으로 정하는 금액을 동기금에서 대신 지급한 뒤 구상권을 통하여 회수하도록 하였다. 그밖에 영세사업장의 노동자보호를 위하여 5인 미만 사업장에 근로기준법의 일부조항을 적용할 수 있도록 관련법령을 개정할 것을 합의하였다.

노동기본권보장과 관련하여, ① 공무원에 대하여 정부는 1999. 1. 부터 직장협의회 설치를 위한 관련 법안을 1998. 2. 임시국회에 제출하고, 노동조합결성방안은



국민여론을 수렴하여 2단계로 추진한다고 합의하였다. ② 교원에 대해서는 1999. 7.부터 교원의 노동조합결성권이 보장되도록 1998년 정기국회에서 관련 법률의 개정을 추진한다는 데 합의하였다. ③ 그밖에 1998년 상반기 중 선거법과 정치자금법 개정을 통하여 노동조합의 정치활동을 보장하며, 노동기본권의 확충을 위하여 실업자에게 초기업단위노조의 가입자격을 인정하고, 노동협약 일방해지 통보기간을 기존 3월에서 6월로 연장하는 개정안을 1998. 2. 임시국회에 제출할 것을 합의하였다.

노사정위원회 구성 이후의 법개정 내용을 살펴보면, 노동유연성의 제고와 노동기본권의 보장을 양측으로 하여 노사 간의 이해를 절충하기 위한 과정으로 평가할 수 있다. 어느 요인이 우세하였는가에 관해서는 각 주체 간에 평가가 상이하지만, 과거와 같이 노동기본권을 무시한 채 경제성장이라는 효율성의 관점에서 단선적으로 노동입법을 좌지우지할 수 없게 되었다. 이하 법개정 내용을 살펴보기로 한다.

### III. IMF 구제금융 이후의 노동법제의 제·개정 내용

#### 1. 경영상 이유에 의한 해고규정 개정(1998. 2. 20. 근기법 개정)

노동시장의 유연성 제고 방안에 관한 노사정위원회의 합의로 1998년 2월 20일에 정리해고 관련규정이 개정되었다.

주요 내용은 현행 시행유예조항을 삭제하고, ‘긴박한 경영상의 필요성’의 요건과 관련하여, 기업의 양도와 인수·합병의 경우 해고의 정당성 유무에 대한 다툼을 해소하기 위해 ‘경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병’은 ‘긴박한 경영상의 필요’에 포함된다고 명문화하였다. 해고회피노력과 관련하여 남녀차별금지규정을 신설하였다. 해고절차와 관련하여, 해고협의를 위한 통보기간을 종전의 30일에서 60일로 연장하고 일정 규모 이상의 인원을 해고하고자 할 때에는 노동부장관에게 신고하도록 개정하였다. 그밖에 우선 재고용 규정 및 정부의 생계안정 노력을 신설하였다.

#### 2. 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제정(1998. 2. 20. 법률 제5512호)

외환위기를 맞으며 ‘노동시장의 유연성 제고’가 경제위기 극복을 위한 필수 과제 중의 하나가 되면서 1998년 2월 9일 노사정위원회의 합의에 기하여 도입이 결정되

었고, 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」이 공포되었다(1998. 7. 1. 시행).

주요내용은 근로자파견대상 업무는, 먼저 전문지식, 기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무(제조업의 직접 생산 공정 업무 제외)의 경우 Positive System으로, 나머지는 Negative System으로 하였다. 파견기간은 1년 이내로 하되 당사자 합의시 1년 더 연장할 수 있도록 하였다. 이때 사용자가 파견근로자를 2년을 초과하여 사용한 경우 해당 근로자를 고용한 것으로 간주하였다. 파견근로자 보호조치로서, 파견근로자와 일반근로자간의 차별대우금지, 성별·종교·신분 등을 이유로 한 파견계약 해지의 금지, 파견근로자에 대한 파견취업조건의 사전고지 등을 규정하였다. 또한 임금, 산재보상 등에 대해서는 파견사업주가, 근로시간, 휴일, 산업안전보건 등에 대해서는 사용사업주가 그 책임을 지도록 하여, 파견근로자에 대한 사용자의 책임 소재를 명확히 하였다. 그리고 쟁의행위 중인 사업장에 쟁의행위에 영향을 미칠 목적의 파견은 금지하고, 경영상의 이유로 인한 해고 후 일정기간 동안은 당해 업무에 파견근로자를 사용하지 못하도록 하였다.

### 3. 임금채권보장법 제정(1998. 2. 20. 법률 제5513호)

기업의 도산 급증과 체불임금 대량발생으로 근로기준법상 임금채권 우선변제만으로 근로자의 임금채권 보장의 실효성을 기할 수 없게 되자, 기업의 도산 등으로 인해 사업주의 임금지급이 곤란하게 된 경우 사업주를 대신하여 임금채권보장기금에서 일정 범위의 체불 임금을 지불할 수 있도록 하는 제도를 도입하게 되었다.

주요내용으로, 적용범위를 산재보험적용 5인 이상 사업장으로 하고, 사업주가 파산 등의 사유로 임금을 체불하는 경우 최종 3개월분의 임금 및 최종 3년간의 퇴직금을 지급하도록 하였다. 그리고 노동부장관은 임금채권보장기금을 설치하고 그 재원 조성을 위하여 적용대상 사업장의 사업주로부터 부담금을 징수할 수 있도록 하였다.<sup>5)</sup>

### 4. 교원의 노동조합설립 및 운영에 관한 법률 제정(1999. 1. 29. 법률 제 5727호)

1998. 2. 7.에 노사정 대타협으로 체결된 ‘경제위기 극복을 위한 사회협약’의 후

5) 이후 1999. 12. 31. 개정에서 적용대상을 상시근로자 1인 이상 사업장으로 확대하였고, 2000. 12. 30. 개정에서는 최종 3월분의 휴업수당을 지급대상에 포함시켰다.

속조치의 하나로, 노사정위원회는 1998. 10. 31. 그동안 입법형식 및 교섭구조 등 몇 가지 쟁점을 둘러싸고 벌여 온 ‘교원노조’ 설립문제에 대해 최종합의를 이루었다. 입법형식은 노동관계 특별법으로 하였으며, 구체적 내용은 입법체계 · 조직체계 · 교섭구조 · 단체교섭사항 · 노동기본권 보장의 범위 · 교섭창구 단일화 · 노조 가입 자격 · 노조전임자관련 · 교원노조의 정치활동 사항을 주요 골간으로 하였다.

주요 내용은 다음과 같다:

- ① 단결권 및 단체교섭권을 인정하되, 법령 · 조례 및 예산 등에 의해 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의해 위임을 받아 규정되는 내용에 대해서는 단체협약으로서의 효력을 가질 수 없도록 하였다.
- ② 교원노조의 가입자격을 초 · 중등교육법 제19조에서 규정하고 있는 교원으로 한정하였다.
- ③ 교원노조의 정치활동은 일절 금지하였다.
- ④ 교원은 특별시 · 광역시 · 도 단위 또는 전국단위에 한하여 노조를 설립할 수 있도록 하였다.
- ⑤ 노조와 조합원의 쟁의행위는 일절 금지되었다.

## 5. 근로시간 단축(2003. 9. 15. 근기법 개정)

1998. 5. 17. 노사정위원회에 ‘근로시간단축특별위원회’가 구성되고, 동년 10. 23. 에 노사정 대표들은 근로시간 단축에 관한 기본 틀에 합의하였다. 그 내용은 ① 주 40시간, 연간 2,000시간 이내로 근로시간을 단축할 것, ② 휴일 · 휴가를 합리적으로 조정하고 실제 사용하는 휴일 · 휴가 일수를 확대할 것, ③ 업종별 · 규모별로 개정된 제도를 단계적으로 시행할 것이었다. 이후 20여 차례의 차관급 및 장관급 고위협상을 전개한 결과 대부분의 쟁점사항<sup>6)</sup>에 대하여 공감대가 형성되었다. 그러나 임금수준 보전 및 연월차휴가 가산일수문제에 대해 이견을 좁히지 못하여 협상에 난항을 겪다가 결국 국회가 단독으로 법안을 처리키로 하여 ‘03. 9. 15. 법률 제 6974호’로 공포되었다.<sup>7)</sup>

6) 근로시간단축일정, 탄력적 근로시간제, 초과근로상한선, 선택적 보상휴가제, 유급주휴제, 초과근로수당할증율, 휴가사용촉진방안, 생리휴가 및 모성보호, 중소기업지원방안, 근로시간단축지원위원회 설치에 관해 공감대가 형성되었다.

7) 노동부, “제3편 근로자보호정책”, 노동행정사(2008), 85면.

주요 내용은 다음과 같다:

- ① 기준근로시간을 44시간에서 40시간으로 단축하였다.
- ② 탄력적 근로시간제를 실시할 수 있는 기간을 ‘1월 이내’에서 ‘3월 이내’로 연장하고, 특정주의 연장근로시간의 상한을 56시간에서 52시간으로 단축하였으며, 서면합의시에 기재할 단위기간도 당연히 1월 이내에서 3월 이내로 바뀌었다.
- ③ 사용자는 근로자대표와의 서면합의에 따라 제55조의 규정에 의한 연장근로·야간근로 및 휴일근로에 대하여 임금을 지급하는 것에 갈음하여 휴가를 부여할 수 있다는 규정을 신설하였다.
- ④ 월차유급휴가를 폐지하고, 여성인 근로자에 대하여 월 1일의 유급생리휴가를 주도록 하던 것을 무급화하여 사용자의 부담을 경감하도록 하였다.
- ⑤ 1년 개근한 근로자에 대하여 10일, 9할 이상 출근한 자에 대하여 8일의 유급휴가를 주고, 1년마다 1일의 휴가를 가산하도록 하던 것을 1년간 8할 이상 출근한 자에 대하여 15일의 유급휴가를 주며, 2년마다 1일의 휴가를 가산하되, 휴가일수의 상한을 25일로 정하였다.
- ⑥ 사용자가 연차유급휴가의 사용촉진을 위한 조치를 하였음에도 불구하고 근로자가 휴가를 사용하지 아니한 경우, 사용자에게 그 미사용한 휴가에 대하여 보상할 의무를 면제하여 근로자의 연차유급휴가의 사용을 촉진하였다.
- ⑦ 유급휴가의 대체에 관하여 제60조는 ‘사용자는 근로자 대표와의 서면합의에 의하여 제59조의 규정에 의한 연차유급휴일에 갈음하여 특정근로일에 근로자를 휴무시킬 수 있다’고 규정하였다.

## 6. 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제정(2005. 1. 27. 법률 제7380호)

노사정위원회는 1998. 2. 6. 사회협약을 통해 공무원노조 허용에 대해 1단계로 공무원직장협의회 설치를 허용하고 2단계로 공무원노동조합을 허용하는 것에 합의하였다. 그 결과 일차적으로 1998. 2. 24.에 「공무원직장협의회의 설립·운영에 관한 법률」을 제정, 2001. 7. 1.부터 시행하였다. 그러나 공무원 노동조합과 관련하여서는 명칭, 시행시기, 노동권인정범위, 노조전임자 등의 쟁점에 대해 이견이 해소되지 않아 입법이 지연되었다. 2004. 10. 19.에 정부안이 국회에 제출되어 2005. 1. 27. 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」이 제정되었다.<sup>8)</sup>

주요내용은 6급 이하 또는 이에 준하는 직급의 공무원에 대하여 단결권·단체교섭권을 보장하되 쟁의권은 인정하지 않는 것을 골자로 한다. 다만, 단체교섭권과 관련하여서는 교원노조와 마찬가지로 교섭사항과 교섭방식(제3자 위임금지), 협약의 효력에 일정한 제한을 두었다.

#### 7. 직권중재제도 폐지(2006. 12. 30. 노조법 개정)

노사관계 선진화방안의 일환으로 2006. 3. 15.부터 노사정대표자회의(한국노총, 민주노총, 경총, 대한상의, 노사정위원회)를 구성·운영하여 입법을 추진하여 2006. 12. 30. 노조법 개정을 통해 필수공익사업에 대한 직권중재제도가 폐지되었다.

개정법은 그에 갈음하여 기존의 필수공익사업에 항공운수사업과 혈액공급사업을 추가하고 필수공익사업에 대체근로를 허용하였다. 그리고 필수공익사업에서 파업시에도 유지하여야 할 필수유지업무에 대한 협정을 노사간 자율적으로 체결토록 하는 필수유지업무제도를 도입하였다. 필수유지업무란, 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지 또는 폐지되는 경우 공중의 생명·보건 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 쟁의행위기간 중에도 업무 유지·운영 의무가 부과된다.<sup>9)</sup>

#### 8. 비정규직 근로자 관련 입법 및 차별금지제도 도입(2006. 11. 30.)

IMF 경제위기 이후 비정규직 근로자가 급증하면서 이들의 보호문제가 우리 사회의 주요 이슈로 부각됨에 따라 이 문제를 보다 집중적이고 합리적으로 접근하여 해결책을 모색하기 위한 비정규근로자대책특위가 2001. 7. 노사정위원회 내에 설치되었다. 비정규직근로자대책특위는 비정규근로자의 개념, 근로감독 강화, 사회보험 적용확대를 골자로 하는 기본 합의를 도출하였으나, 구체적 규율내용에 있어 노사간 합의에 이르지 못하였다. 주된 쟁점은 비정규직 차별금지 방식, 기간제 근로의 사유제한 여부 및 기간제한 방식, 파견대상업무 및 기간 제한방식 등이었다. 노사정위원회 논의결과는 정부로 이송되어 정부안으로 2004년 11월 국회에 제출되었으나, 노동계로부터 큰 반발을 불러일으키며 법안심의회가 중단되었다. 이후 수차례 노사정 대화에서 합의에 이르지 못하고 갈등을 빚었으나, 2006. 11. 30. 『기

8) 노동부, 공무원 노조법령 주요내용 및 쟁점 해설(2006), 75-82면.

9) 노동부, 노동조합 및 노동관계조정법령 제·개정 변천사(2009), 50-52면.

간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률』안이, 이어 동년 12. 21. 『파견근로자 보호 등에 관한 법률』 개정안이 2년여 만에 국회에서 통과되었다.<sup>10)</sup>

『기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률』은 기간제 근로의 남용을 막되 시장 유연성과의 조화를 꾀하는 한편 기간제 및 단시간 근로자에 대한 근로조건을 보호하는데 근간을 두고 있다. 이에 따라 기간제 근로는 총 사용기간을 2년으로 제한하고 그 기간을 초과하는 경우 무기계약으로 간주하였다. 단시간 근로자에 대해서는 소정근로시간을 초과하는 근로의 상한을 1주 12시간으로 제한하였다.

파견근로자와 관련하여서는, 파견업무는 종전의 대상업무 열거방식을 유지하되 전문지식·기술·경험 이외에 업무의 성질도 고려하여 대통령령에서 조정할 수 있도록 하였다. 파견기간은 2년으로 하되 그 기간을 초과하는 경우 종전의 고용간주 규정에서 고용의무 규정으로 개정하였다. 또한 고용의무는 기간초과뿐만 아니라 파견대상업무 위반, 무허가 파견 등 모든 불법파견에 적용되도록 명문화하고, 이어 2012. 2. 1. 개정에서는 종전에 불법파견이라도 2년 이내로 근로한 경우 직접 고용의무 규정의 적용이 배제되는 문제점을 해소하고자 불법파견일 경우 사용기간에 관계없이 사용사업주에게 직접고용의무를 부여하도록 개정함으로써 불법파견 시 고용의무와 관련한 기존의 다툼을 해소하였다.

또한 기간제·단시간 및 파견근로자에 대한 차별금지 원칙을 각 법률에서 명문화하고 노동위원회에 차별시정위원회를 설치하는 등 구제절차를 마련하였다.

## 9. 부당해고 관련 제도 개선(2007. 1. 26. 근기법 개정)

2003. 11. 노사관계제도선진화 연구위원회가 노동부장관에게 제출한 ‘노사관계법·제도 선진화 방안’은 해고보호 관련규정으로서 ‘부당해고 구제기관과 절차, 부당해고 구제방식, 형사처벌규정의 존치여부, 근로계약 체결 및 해고통지, 정리해고자에 대한 재고용, 도산절차에 있는 기업에 대한 정리해고, 정리해고 시 사전통보기간의 단축, 변경해지제도’에 관한 개선안을 제시하였다. 그러나 노사정 간 합의에 이르지 못한 채 논의만 계속되던 중 2006년 9월에 비로소 노사정대표자 대타협이 이루어지면서 2007년 1월 26일 부당해고 관련 권리보상제와 이행강제금 도입 등을 포함한 근로기준법 개정 법률안이 공포되었다.<sup>11)</sup>

주요 내용으로, 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 벌칙 조항을 삭제하되 부당해

10) 노동부, “제3편 근로자보호정책”, **노동행정사**(2008), 96-102면.

11) 노동부, “제3편 근로자보호정책”, **노동행정사**(2008), 86-88면.

고에 대한 노동위원회의 구제명령을 이행하지 않는 자에 대해 이행강제금을 부과하고, 형사처벌은 확정된 구제명령을 이행하지 않는 자에 대해서만 가능하도록 하였다.

부당해고 시 근로자가 원직복직을 원하지 아니하는 경우에는 구제명령으로써 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 지급받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 지급할 것을 명할 수 있도록 하는 금전보상제를 도입하였다.

사용자가 근로자를 해고할 경우 해고사유와 해고시기를 근로자에게 서면으로 통지하도록 하고, 이를 준수하지 않은 경우 해고의 효력을 부정하였다.

## 10. 노조전임자 및 복수노조 관련 문제

1997. 3. 노조법 개정시 노조전임자 급여지급 금지조항이 신설된 이후 노동계는 노사자율원칙을 근거로 전임자 급여지급 금지규정의 삭제를 주장해 왔고, 경영계는 무노동무임금원칙 및 잘못된 관행의 시정을 위하여 현행규정이 존치되어야 한다는 입장을 펴서 이 문제를 둘러싸고 노사간 첨예하게 대립되었고, 이에 1998. 2. 6. 노사정대타협 시 전임자 급여문제를 노사정위원회에서 재논의하기로 합의하였다. 이와 함께 한편, 1997년 노조법 개정시 사업 또는 사업장 단위에서의 복수노조를 허용하면서 부칙에서 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방법·절차 등을 강구하도록 규정하여, 노조전임자 규정과 함께 2001년 말까지 그 시행이 유예되었다.

그러나 이에 대한 노사간 논의가 합의되지 못하고 2001. 3. 28. 개정시 그 시행이 2006. 12. 31.로 유예되었고, 2006. 12. 30. 그 시행일이 다시 2009. 12. 31.까지 유예되었다. 이 같은 우여곡절 끝에 2010. 1. 1. 전임자 급여지급 금지 및 사업장 내 복수노조 허용이 법률로 규정된 지 13년 만에 비로소 시행되게 되었다.

전임자 급여지급 금지와 함께 근로시간면제제도가 도입되었고, 복수노조의 허용과 함께 교섭창구단일화 제도가 도입되었으며, 각 제도는 2010. 7. 1. 및 2011. 7. 1.부터 적용되었다.

## 11. 모성보호 및 고용평등을 위한 제도 정비

‘국민의 정부’와 ‘참여정부’는 특히 모성보호, 차별에 대한 시정제도의 체계화 및 확대, 저출산·고령화 대책 등을 적극적으로 추진하여, 이와 관련한 입법이 많이 이루어졌다.

성차별과 관련하여, 1999. 2. 8. 개정된 「남녀고용평등법」은 차별의 정의규정에 간

접차별의 개념을 추가하였고, 같은 날 「남녀차별금지 및 구제에 관한 법률」이 제정되어 고용, 교육, 재화·시설·용역의 제공과 이용, 법과 정책의 집행에서 공공기관 종사자의 남녀차별행위와 성희롱을 금지하는 등 실질적인 고용평등이 실현될 수 있도록 하였다. 이어 2005. 12. 30. 개정 「남녀고용평등법」은 여성고용촉진을 위해 적극 고용개선조치를 도입하였다. 한편 모성보호로서, 2001. 8. 14. 개정된 「근로기준법」에서 산전후휴가기간을 종전의 60일에서 90일로 확대했고, 임신 중인 여성근로자의 시간외 근로를 절대적으로 금지하였다. 또한 2007. 12. 21.의 개정에 따라 「남녀고용평등법」의 명칭이 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」로 변경되고, 배우자의 출산휴가·육아기 근로시간 단축제도 등 근로자 보호규정이 신설되었다. 2010. 2. 4. 개정으로 육아휴직의 적용대상 확대, 2012. 2. 1. 개정으로 출산전후휴가 또는 유산산휴가에 대해서도 출산전후휴가급여가 지급되고 배우자 출산휴가의 연장, 육아기 근로시간 단축제도의 허용의무, 가족돌봄 휴직제도의 신설 등 가정생활과 직장생활의 양립을 지원하기 위한 제도가 확충되었다.<sup>12)</sup>

한편으로, 고용평등을 실현하기 위한 고용차별 규제 범위도 넓어졌다. 2001년 5월에 제정된 「국가인권위원회법」으로 19가지의 차별사유에 의한 차별이 규제되는 한편, 인권침해와 차별행위의 구제기관으로서 국가인권위원회가 설치되었다. 2006년 12월에 국회를 통과한 비정규직법안은 기간제, 계약직, 파견직이라는 이유로 정규직과 합리적 이유 없이 차별대우하는 것을 금지하였고, 차별에 대한 시정처리는 노동위원회에 신설될 차별시정위원회가 담당하도록 하였다. 아울러 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 및 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」은 각각 연령 또는 장애를 이유로 한 고용상 차별을 금지하고 시정명령 등 그 구제를 규정하였다.

#### IV. 2000년대 초중반의 노동법상의 주요담론

##### 1. 유연안정화(flexicurity) 논의와 노사관계제도선진화 입법안의 채택

‘노동시장 유연화’는 이 당시 최고의 유행어<sup>13)</sup> 중 하나였다. 노동법학계에서도

<sup>12)</sup> 김엘림, “여성노동에 관한 노동법 60년사의 성찰”, 노동법 60년사 학술토론대회(자료집), 한국노동법학회, 2013, 144-151면.

<sup>13)</sup> 노동시장 유연화와 관련하여 국제적 수준에서 논의를 주도한 것은 경제학자들이었다.



예외는 아니었다.<sup>14)</sup> 많은 선진국에서 노동시장 유연화를 지향하는 정책이 시행되었고, 우리나라도 이 흐름에서 벗어나기 어렵다는 점에 인식의 공감대가 형성되어 있었다. 이러한 신자유주의적인 사조는 전통적인 고용보호법제(Employment Protection Law: EPL)의 존재의의와 충돌하는 측면이 있기 때문에, 이를 어떻게 해소하는가가 주요 관심사로 부각되었다. 2004년 OECD 보고서<sup>15)</sup>가 적절히 지적한 바와 같이, 한편으로는 지속적으로 변화하는 시장에 적응해야 한다는 기업 측의 필요와 다른 한편으로는 고용보장이라는 근로자 측의 필요를 어떻게 조화시켜야 하는가(how to keep a balance)가 핵심적인 이슈로 부상하였다. 뒤에 소개하는 근로계약법제론도 이러한 흐름의 연장선상에 있다고 할 수 있다.

이러한 상황 속에서 학자들 중심으로 구성된 ‘노사관계제도선진화위원회’의 논의를 거쳐 2003. 9. 4. ‘노사관계법·제도 선진화방안’(이하 ‘선진화방안’이라 한다)이 마련되었고 이를 토대로 노사정 타협을 거쳐 2006년 선진화입법안이 채택되었다.

선진화방안의 주요 내용은, 단결권 분야에서 조합원 인정 범위 및 근로자의 개념, 노조 전임자, 유니언 쉘 협정, 부당노동행위제도 등이, 단체교섭 분야에서 단체교섭 대상사항, 복수노조 창구단일화 방안, 단체협약의 유효기간, 제3자 지원신고제 등이, 노사협의 분야에서 근로자위원 선출 방식, 협의사항 조정, 노사협의회의 기능 확대·조정, 노사협의회의 합의 또는 의결된 사항의 효력, 근로자위원회에 대한 편의제공의 확대, 파견·사내하청근로자 등의 의견청취기회 부여, 사전정보제공 및 비밀유지의무의 강화, 정기회의 개최 관련 규제 완화 등이, 쟁의행위 분야에서 쟁의행위 찬반투표, 직장폐쇄, 대체근로, 조합활동으로 인한 손해배상책임과 관련한 압류·가압류 제한 등이, 분쟁조정절차와 관련하여 조정대상의 재검토, 조정,

---

다수의 경제학자들은 1980년대 중반 이후 유럽 국가들의 실업률이 줄어들지 않은 것은 유럽 노동시장의 구조적 경직성과 비효율성 때문이고, 그것에는 높은 수준의(또는 엄격한) 고용보호법제가 중요한 원인을 제공하였다고 보았다. 이러한 논의는 1990년대에 들어오면 OECD 수준에서도 공론화된다. OECD는 ‘1994년 OECD 고용전략’(OECD Jobs Study)에서 총 10개항의 정책 권고를 한 바 있는데, 그중 제6항에서 ‘민간부문에서 고용확대를 방해하는 고용보장규정의 개선’(Reform employment security provisions that inhibit the expansion of employment in the private sector)을 명시적으로 채택하기도 하였다.

14) 노동시장 유연화는 일반적으로 “외부환경 변화에 대응하여 인적자원을 신속하고도 효율적으로 배분·재분배할 수 있는 노동시장의 능력”(어수봉, “노동시장의 유연성 제고”, **노동동향분석**, 제10권 제3호(1997), 56면)으로 이해되고 있는 것 같다.

15) OECD, *OECD Employment Outlook*, 2004, 61면 이하 참조.

필수공익사업 직권중재제도의 재검토, 긴급조정제도, 사적조정 활성화 및 노동위원회제도 활성화 방안 등이, 해고법제와 관련하여 부당해고 구제기관과 절차, 부당해고 구제방식, 형사처벌 규정의 존치 여부, 근로계약 체결 및 해고통지, 정리해고자에 대한 재고용, 도산절차에 있는 기업에 대한 정리해고, 정리해고시 사전통보기간의 단축 등이, 기업변동과 관련하여 사업양도와 고용승계, 승계의무배제에 관한 특칙, 고용승계와 근로관계로 인한 채무의 귀속, 고용승계와 취업규칙의 효력, 고용승계와 단체협약의 효력, 고용승계 원칙 입법화 방안 등이, 임금과 관련하여 임금체불에 대한 합리적 개선방안, 통상임금·평균임금 개념의 명확화 등이다.

2003. 9. 4. 노동부는 유연안정성의 제고를 위해 근로기준제도의 유연성이 제고되어야 하고, 그 실천방안으로서, 첫째, 해고제도의 경직성을 완화하고 부당해고 구제제도의 실효성을 제고하는 방안을 모색해야 한다, 둘째, 영업양도와 같은 기업변동의 필요성과 근로자의 권익 보호를 조화시켜야 한다, 셋째, 주5일제 실시와 관련하여 근로시간제도의 탄력성을 제고하여야 하고, 넷째, 성과주의 임금체계나 임금피크제를 도입함으로써 임금제도를 합리화하여야 한다고 제안하였다.<sup>16)</sup>

정부는 선진화방안을 노사정위원회 본회의에 회부하고, 그 논의 결과를 지켜본 후 노사 합의에 이르지 못할 경우, 선진화방안을 중심으로 하여 노사관계 법과 제도를 개선해 나가겠다고 밝혔다. 이후 민주노총의 불참, 비정규직 법안의 국회 논의 등의 사정으로 선진화방안에 대한 논의가 지연되기도 하였으나 2005. 9. 5. 노사정위원회는 선진화방안에 대한 노사정위원회의 논의 결과를 노동부에 이송하였다.

2005. 11. 노동부장관은 11월 중 선진화방안 관련 법안을 정기국회에 제출할 방침을 발표하고 이후 열린 우리당과의 당정협의를 진행하였으며, 2005. 12. 선진화방안 중 24개 사항에 대해서 입법을 추진기로 결정하였고, 2006. 1. 23. 노동부는 24개 합의사항<sup>17)</sup>을 2006. 4. 임시국회에 상정할 예정이라고 발표하였다.<sup>18)</sup> 노동부

<sup>16)</sup> 노동부, **노사관계 개혁방안**(2003. 9. 4), 12-13면.

<sup>17)</sup> 24개 합의사항 중에는 선진화방안에 따라 법률개정안을 제출하기로 합의된 18개 합의사항과 법률 개정이 필요하다고 합의되기는 하였으나 그 구체적인 내용을 합의하지 못한 이른바 쟁점합의사항 6개가 포함되어 있다. 합의사항은 실업자의 조합원 자격 인정, 유니온 슈, 부당노동행위, 단체협약 유효기간, 제3자 지원신고제, 쟁의행위 찬반투표, 직장폐쇄, 쟁의행위 규제 합리화, 긴급조정제도, 사적조정 활성화, 노동위원회 개선, 노사협의회 근로자위원 선출방식, 사전정보제공·비밀유지의무의 신설, 근로자위원에 대한 편의제공·합의사항의 조정, 정기회의 개최시기 변경, 기업변동시 근로관계 등이다. 이 내용들은 노동조합및노동관계조정법, 근로기준법, 근로자참여및협력증진에관한법률, 노동위원회법 등 4개의 법률과 관련되어 있다. 쟁점합의사항은 전임자급여지급, 교섭창구 단일화, 대체근로, 필수공익사업의 직권중재제도, 부당해고에 대한

는 2003년 이래 선진화방안을 일괄하여 입법해야 한다는 입장이었으나, 2006. 2. 이상수 노동부장관은 그동안 선진화방안에 대하여 충분히 논의되지 않았다는 점, 노사정간 논의 없이 입법예고하고 국회에 입법안을 상정할 경우 비정규직 법안처럼 그 입법이 지연될 수밖에 없다는 점 등을 고려하여 충분한 논의를 거쳐 단계적으로 선진화방안을 처리할 방침이라고 밝혔다.<sup>19)</sup>

노사관계제도선진화연구위원회의 제안들 가운데 체불임금과 관련된 반의사불벌죄화와 미지급 임금에 대한 지연이자제도의 도입은 2005. 3. 31. 「근로기준법」 개정예 반영되었고, 해고와 관련된 형사처벌 규정의 삭제 및 이행강제금제도와 금전보상제의 도입 그리고 해고의 서면통지제도의 도입은 2007. 1. 26. 「근로기준법」 개정예 반영되었다.<sup>20)</sup> 그리고 2004년 정부는 노사정위원회에서의 논의를 토대로 마련한 「근로자퇴직급여보장법」(안)을 국회에 제출하였고, 2005. 1. 27. 동법이 제정되면서 퇴직금제도와 함께 퇴직연금제도가 법제화되었다.<sup>21)</sup>

## 2. 근로계약법제 논의<sup>22)</sup>

### 가. 논의의 배경 — 유연화와 규제완화론

20세기 말부터 선진국에서 노동법의 화두는 노동법의 탄력화 및 규제완화로 모아졌다. 유연화의 배경으로 경제의 지구화, 경제의 불안정화, 실업문제의 심각화,

형사처벌조항의 존치 여부, 정리해고시 사전통보기간의 단축 등이다.

18) 노동부, 노사관계 법·제도 선진화 방안 설명자료(2005. 12), 3면.

19) 이상수 장관은 선진화방안 중 노동위원회제도 개선 관련 사항은 그 내용에 비추어 볼 때 2006. 4. 또는 6. 임시국회에서 우선 처리할 수 있고, 노조전임자 임금지급방식과 복수노조의 교섭창구 단일화 방안의 경우 2006. 9. 정기국회에서 입법되어야 하므로 위 두 쟁점은 우선 처리할 필요가 있다고 보고 있고, 나머지 쟁점들은 충분한 논의를 거쳐 처리한다는 입장을 밝혔다(2006. 3. 12.자 서울경제신문).

20) 2007년 「근로기준법」 개정예 관한 연구로 권혁, “현행 근로기준법 상 우선재고용의무제도의 법이론적 문제점”, **노동법학**, 제25호, 한국노동법학회(2007); 김홍영, “부당해고구제절차에서의 금전보상 제도 및 이행강제금 제도”, **노동법학**, 제25호, 한국노동법학회(2007); 박은정, “해고의 절차 — 「해고사유 등 서면통지의무」제도의 도입을 계기로 살펴 본 근로기준법상의 해고절차에 대한 몇 가지 의문 —”, **노동법학**, 제25호, 한국노동법학회(2007); 이철수, “개정 해고법제의 주요 내용과 그 평가”, **노동법연구**, 제22호, 서울대학교 노동법연구회(2007) 참조.

21) 노동부, “제3편 근로자보호정책”, **노동행정사**(2006), 93면.

22) 이하의 내용은 줄고, “근로계약의 해석론적, 입법론적 과제”, **노동법학**, 제15호, 한국노동법학회(2002. 12)를 참고한 것임.

급속한 기술혁신 및 산업구조의 변화, 국가의 규제기능 축소, 고용형태의 다양화 등이 거론되고 있다.<sup>23)</sup> 아울러 근로자들의 생활환경, 인생관 등이 다양화되고 이에 따른 다양한 근로방식이 요구되고 있다는 점도 노동법의 유연화를 촉진하는 한 요인이 되고 있다.<sup>24)</sup>

유연화는 근로조건의 결정 시스템과 내적 연관성을 가진다. 예컨대 파트타임 근로, 재택근무의 보급은 적어도 부분적으로는 그러한 근로형태를 희망하는 근로자의 존재를 원인으로 하는 것인바, 이 경우 법률이나 단체협약에 의한 근로조건의 집단적·확일적 결정의 의의를 후퇴시키고 개별계약에 의한 근로조건 결정의 비중을 증대시키게 된다. 전통적인 관점 하에서 근로조건은 국가의 근로자보호법을 최저기준으로 하여 주로 단체협약, 취업규칙에 의해 결정되는데, 유연화의 추세는 국가법이나 산업별 단체협약의 비중을 저하시키고 하위수준(사업장수준 또는 개인수준)에서 결정의 자유를 확대할 것을 요구한다. 요컨대 유연화로 인해 최저기준을 정한 법률적 규제의 완화, 법률규정으로부터 당사자 자치로의 이전, 그리고 단체협약으로부터 사업장 혹은 개인수준으로의 중심 이동 등이 수반될 수밖에 없다.<sup>25)</sup> 이는 통상 규제완화 또는 분권화(decentralization)의 경향으로 표현되는바, 결국 노동법의 유연화의 현상 형태는 규제완화, 즉 크게 ‘법률적 규제의 완화’와 ‘근로조건 결정시스템의 변경’으로 나타난다.

노동보호법제를 채택하고 있는 대륙법계에서는 법률상의 규제완화가 강하게 요구되었다. 그 전형적인 예가 독일과 일본이다. 독일에서는 1980년 후반부터 비정규고용 범위의 확대, 폐점시간을 포함한 근로시간제도의 유연화, 해고제한의 완화, 최저기준의 저하 등을 위해 지속적으로 법을 개정하여 왔다.<sup>26)</sup> 일본에서는 1998년의 법개정을 통해 근로계약기간, 근로시간 등에서 노동의 유연화를 제고시키고 있다.<sup>27)</sup>

이와 더불어 근로조건을 결정함에 있어 법률 외적인 시스템의 비중이 높아지는

23) 西谷 敏, “労働法における規制緩和と弾力化”, 労働法における規制緩和と弾力化(日本労働法學會誌 93号), 総合労働研究所(1999), 9-14.

24) Zöllner, “Flexibilisierung des Arbeitsrechts”, *ZfA*, 1988, S. 268; Däubler, “Perspektiven des Normalarbeitsverhältnisses”, *AuR*, 1988, S. 305; Matthies/Mückenberger/Offe/Peter/Rasch, *Arbeit*, 2000, 1994, S. 20ff(西谷 敏, 앞의 논문, 13면에서 재인용).

25) 西谷 敏, 앞의 논문, 6-8면 참조.

26) 자세한 내용은 和田肇, “ドイツ労働法の變容—標準的労働關係概念を中心に—”, 労働法における規制緩和と弾力化(日本労働法學會誌 93号), 総合労働研究所(1999) 참조.

27) 자세한 내용은 野村晃, “JR不採用事件(中勞委命令取消訴訟)”, 労働法における規制緩和と弾力化(日本労働法學會誌 93号), 総合労働研究所(1999) 참조.

경향이 보인다. 20세기부터 이미 유럽제국에서는 법률적 규제가 완화되면서 산별 단체협약이나 집단적 협정을 중시하는 방향으로 근로조건 결정시스템이 제도화되어 왔다. 산업별 단체협약에 의한 횡단적 근로조건 결정이 후퇴하고 기업 수준의 노사관계의 중요성이 증가되는 경향이 보인다.

#### 나. 근로계약법제 논의

위에서 언급한 규제완화의 경향과 맞물려 보수적인 노동법학자들은 이른바 ‘근로계약법제론’을 주창하기에 이른다. 근로계약법제론의 구체적 내용은 논자마다 차이가 있지만 대체로 종속노동론을 비판하고 개별근로자의 자유로운 의사를 존중하는 방향으로 법질서가 새로이 모색되어야 한다는 것이다. 하경효 교수의 표현대로 “노동법체계에서 자유와 강제에 대한 새로운 사고가 요구되며 기존의 자유로운 의사결정과 사적자치에 대한 불신에서 벗어나 자유와 자율영역을 확대할 필요가 있다”<sup>28)</sup>는 것이다.

근로계약법제의 효시는 김형배 교수이다. 김 교수는 1990년대 중반부터 줄곧 현재의 근로자상은 노동보호법제가 마련되기 시작한 19세기 당시의 근로자상과는 사회적·경제적·정치적 위상을 달리하며, 그들이 보유하고 있는 학력·기능·기술의 정도에 있어서도 커다란 차이가 있을 뿐만 아니라 기업 내에서의 위치와 영향력도 전혀 비교될 수 없다고 전제한 후, 19세기적 상황에서 이루어졌던 보호 관념을 오늘의 상황에 그대로 적용할 수는 없으며 비현실적 보호 관념은 과감히 수정되어야 하고 형제화된 보호규정은 삭제하는 것이 바람직하다고 주장해오고 있다.<sup>29)</sup> 요컨대 근로기준법은 근로자보호법으로서의 성격을 탈피하고 근로자들에게 참여의 권한과 함께 책임도 부여하는 근로계약기본법으로 재구성되어야 한다는 것이다.

2000년대에 들어와 하경효 교수는 노동법의 독자성에 의문을 제기하면서 보다 적극적인 입론을 개진하고 있다. 하 교수는 노동법도 사법질서의 일부분이고 본질적으로 사법질서에 귀속되어야 하며 노동법은 근로자보호뿐만 아니라 이해관계조정의 규율체계로 이해되어야 한다고 전제한다. 그에 따르면 예컨대 임대차보호법

<sup>28)</sup> 하경효, “노동법의 기능과 법체계적 귀속”, **社會變動과 私法秩序**(김형배교수정년퇴임기념논문집)(2000), 247면 참조.

<sup>29)</sup> 김형배, “한국노동법의 개정방향과 재구성”, **법학논집**, 제30집, 고려대학교 법학연구원(1994), 15면 참조.

과 노동법상의 보호의 차이는 양적인 차이에 불과하며 공히 당사자의 구조적 불균형을 시정해야 한다는 공통된 과제를 안고 있다고 한다.<sup>30)</sup> 다만 노동법은 집단자치(Tarifautonomie)체계를 통해 사적자율의 기능흡결을 보완하는 데에 차이가 있을 뿐이라고 진단한다.<sup>31)</sup> 따라서 노동법은 근로자보호뿐만 아니라 이해관계조정의 규율체계로 이해되어야 하고 법의 해석·적용·발견에 있어서 노동법만의 고유한 방법론은 인정되기 어렵다고 전제한 후, 노동법학도 규범학의 범주를 벗어날 수 없고 학문적 논증에 따라야지 근로자이익보호라는 이데올로기적 선 판단에 영향을 받아서는 안 된다는 점을 강조한다. 스위스와 네덜란드의 경험을 인용하면서 민법전의 고용편의 내용과 노동법상의 근로계약에 관련된 내용을 통합 규율할 필요성을 제안하고 있다.

‘중속노동론’에 더 잡은 전통적 노동법학 방법론의 한계를 지적하는 선을 넘어, 듣기에 따라서는 노동법의 독자적 존재의의를 부인하는 듯한 뉘앙스를 풍기는 이러한 접근방식이 2000년대에 학자들의 관심을 끈 사실만으로도 이 당시의 유연화 내지 규제완화의 패러다임이 어느 정도로 강력했는지를 가늠할 수 있다. 필자는 근로계약법론은 개별의사를 존중하고 법운용상의 구체적 타당성을 제고시키기 위한 합리화 과정으로 이해하면 족하다고 주장하면서 그 당시 다음과 같은 입장을 피력하였다:<sup>32)</sup>

“근로계약법제 또는 노동법의 유연화가 근로기준법의 보호법적 기능을 등한시 하거나 노동보호법의 반대개념으로 논의되는 것은 경계하여야 한다. 노동의 유연화 추세는 분명 노동법의 독자성을 와해시키려는 경향성을 지니고 있다. 그러나 대부분의 국제조약과 우리 헌법이 상정하고 있는 바와 같이, 생산수단으로부터 분리된 근로자는 특별히 보호되어야 한다는 기본 관념을 포기하지 않는다면, 고용보장과 유연화의 긴장관계를 상생적으로 해결하려는 노력을 기울이지 않으면 안 된다. 현재의 노동법구조 내에서의 개선을 최대한 시도하지 않은 채 다른 패러다임의 도입을 논의하는 것은 자칫 문제의 본질을 호도할 우려가 있다.”

“근로계약법론은 무차별적인 노동보호법의 경직성을 완화하기 위한 ‘방법론상의 회의’일 뿐 결코 시민법으로의 회귀를 지향해서는 안 될 것이다. 이런 점에서 일 본의 최종보고서에서 제안하는 바와 같이 근로계약법을 근로기준법과 민법의 중

30) 하경효, 앞의 논문, 245-246면 참조.

31) 하경효, 앞의 논문, 244면 참조.

32) 줄고, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, **노동법의 존재와 당위**(김유성교수정년 기념논문집)(2006), 41면.

간영역에 존재하는 별도의 법영역으로 설정하는 데에 찬성하지 않는다. 근로계약법의 신설이 우리나라의 노사지형에서 어떠한 ‘풍토적’ 함의를 지닐 것인가에 대해서는 좀 더 비판적 안목이 필요하다. 우리 사회에서 노동법이 시민법의 안티테제로서 제대로 기능하는지에 대해 비판적 문제의식을 가진다면, 근로계약법이 자칫 시민법 원리를 무차별적으로 확산하는 기제로 작용하는 것을 경계할 필요가 있기 때문이다.”

### 3. 산별체제 논의<sup>33)</sup>

가. 문제의 소재

2000년 중반 우리나라 노사관계에서의 가장 큰 변화는 ‘산별노조’(초기업별 노조)와 관련이 있다. 1990년대 말 IMF 경제위기는 기업별노조 체제의 한계를 극명하게 보여주었고, 이에 따라 노동계는 노동조합의 조직형태를 기존의 기업별노조 중심에서 산별노조 중심으로 전환하는 운동에 속도를 냈다. 노동조합이 자율적이고 의도적으로 진행한 최근의 산별노조 전환은 적어도 외견상으로는 상당한 성과를 거두었다.<sup>34)</sup>

그런데 우리나라에서는 오랜기간 동안 기업별 교섭 관행이 주종을 이루어 온 관계로 산별화가 진행된 이후에도 사업장 차원의 노조(그것이 단위노조이든 산별노조의 지부나 분회이든 상관없이)가 독자적 교섭이나 조합활동을 행하는 경우가 많다. 그만큼 중앙집중화가 덜 진전되어 있고 이는 구미제국의 산별노조와 대비되는 특징이라 할 수 있다. 그리고 산업별로 중앙집중화의 정도, 교섭권한의 분배, 조합 재정관리 등에서 상당한 편차를 보이고 있기 때문에 통일적인 해법을 찾기가 용이하지 않은 상황이다. 그리고 사용자가 초기업별 교섭을 꺼려하고 사용자단체도 제대로 결성되지 않는 등 우리나라에 특유한 문제 상황이 많이 발생한다. 산별노조로의 조직형태의 전환이 광범위하게 진행되고 있고 산별협약과 지부별 협약의 기능적 분화도 어느 정도 정착되어 가고 있지만, 산별화의 정도와 방식·산별교섭의

33) 이하의 내용은 줄고, “산별체제로의 전환과 법률적 쟁점의 재조명”, **노동법연구**, 제30호, 서울대학교노동법연구회(2011. 3)에 의존한 것임.

34) 노동부 발표에 따르면 2009년 현재 산별노조 등 초기업별 노조(지역 및 업종 포함)의 조합원 비중은 전체의 52.9%(조합원 수 868,467명)를 차지한다. 상급단체별로는 민주노총 80.5%, 한국노총 40.2%, 미가맹노조 31.1%로, 산별노조로의 전환은 민주노총이 주도하고 있음을 알 수 있다. 은수미, “산별노조와 산별교섭: 보건의료산업과 공공부문을 중심으로”, 대법원 연구용역 세미나 9월 10일 발표문, 2면.

진행 정도·사용자단체의 결성 여부·쟁의행위의 결정단위·조합비 배분방식 등에 있어서 산업별마다 일정한 편차를 보이고 있다. 아직도 산별체제로의 전환은 진화과정에 있다고 총평해도 무방할 것으로 보인다.

우리의 현실태를 감안하여 산별노조의 전환과 관련하여 발생할 수 있는 분쟁을 예상하면 다음과 같이 유형화할 수 있을 것이다:

첫째, 기존의 기업별 단위노조를 산별노조의 지부나 분회로 전환할 때 발생하는 분쟁.

둘째, 산별 단위노조의 지부나 분회를 기업별 노조로 바꿀 때 발생하는 분쟁 또는 소속 산별노조를 변경하려고 할 때 발생하는 분쟁.

셋째, 지부 분회가 단체교섭을 행하고 단체협약을 체결하려고 할 때 발생하는 분쟁.

넷째, 지부의 단체협약이 단위노조의 단체협약과 충돌할 때 발생하는 분쟁.

다섯째, 단위노조의 의사와 무관하게 독자적으로 쟁의행위에 돌입하려고 할 때 발생하는 분쟁.

#### 나. 해석론상의 쟁점

산별체제로의 전환으로 인해 새로운 유형의 분쟁이 발생할 가능성이 높기 때문에 기존의 이론들을 우리의 현실에 맞게 재구성하는 작업이 실무적 차원에서나 학문적 차원에서 공히 요구된다.

제도론적인 측면에서 보면 초기기업별 산별노조와 사업장내 의사결정시스템(예컨대 기업내 노동조합, 노사협의회, 근기법상의 근로자대표 등) 간의 관계 설정이 검토될 필요가 있다.

해석론적 차원에서는 산별노조 지부·분회의 의사결정능력·협약체결능력(교섭 당사자성)·쟁의행위능력, 산별 단체협약과 지부·분회 단체협약간의 충돌, 조직형태의 변경, 지부재산에 대한 처분권의 귀속, 산별노조 간부의 사업장 출입권, 쟁의행위에 있어서의 산별노조의 책임, 부당노동행위의 주체 및 구제 신청권자, 산별노조 활동과 업무상 재해의 인정 여부, 산별노조와 창구단일화의 관계 등의 쟁점이 부각된다.

이러한 해석론상의 쟁점 중에 하부조직의 교섭당사자성과 조직형태의 변경 논의가 주로 논의되었다.



## (1) 하부조직의 교섭당사자성

하부조직의 교섭은 단위노동조합의 총체적 의사와 현장근로자들의 개별적 요구의 가교로 기능하는바, 법리적 관점에서 보면 단위노조 통제권과 하부조직의 독자성 내지 실체성의 조화에 관한 문제이다.

하부조직의 당사자자격성을 둘러싼 논의는 2가지 논점으로 정리할 수 있을 것이다.

첫째, 단위노조로부터의 교섭권한의 위임 여부에 상관없이 하부조직이 그 자체로 독자적인 단체교섭권을 가지는가?

둘째, 하부조직에 고유의 단체교섭권이 인정될 경우 단위노조의 통제권과 관련하여 하부조직의 교섭권한이 어느 정도로 제약받는가?

전자는 하부조직의 단체교섭의 당사자성에 관한 문제이고 후자는 교섭권의 내재적 한계에 관한 문제인바, 논의는 주로 전자에 집중되고 있다. 지부가 단체교섭의 당사자가 될 수 있다는 의미는 교섭영역에서만 뿐만 아니라 조합활동이나 쟁의행위에서도 독자적인 의사결정권을 가진다는 것이다.

대법원은 지부가 일정한 사단적 실체를 가지는 경우에는 독자적인 단체교섭권 및 협약체결능력을 가질 수 있다고 해석하고 그 판단기준은 다음과 같다:

“노동조합의 하부단체인 분회나 지부가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭하고 단체협약을 체결할 수 있고, 이는 그 분회나 지부가 노동조합및노동관계조정법시행령 제7조의 규정에 따라 그 설립신고를 하였는지 여부에 영향받지 아니한다.”<sup>35)</sup>

지부의 교섭·협약능력을 인정하는 대법원 판결에 대하여 학설의 대다수는 비판적 입장을 취하고 있다.<sup>36)</sup> 그 내용의 핵심은 ① 지부의 실체성만을 이유로 하는 단체교섭 당사자의 인정은 조합조직의 원리나 대표성의 원칙에 반하고,<sup>37)</sup> 산별노조의 단체교섭권을 형해화한다는 점,<sup>38)</sup> ② 지부는 독자적인 노동조합이 아니기 때

35) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4299 판결.

36) 필자는 이 판결 이전에 이미 동일한 취지의 주장을 한 바 있다. 이에 관해서는 줄고, “하부조직과 상부연합단체의 단체교섭 당사자성”, **노동법의 쟁점과 과제**(김유성교수 화갑기념논문집), 법문사, 2000 참조.

37) 김형배, **노동법**, 박영사(2010), 812면; 이승욱, “산별노동조합의 노동법상 쟁점과 과제”, **노동법연구**, 제12호, 서울대학교 노동법연구회(2002), 216면.

문에 산별노조 규약상의 수권이나 위임에 의해서만 단체교섭이 가능하다는 점, ③ 지부의 조직적 실체성 여부와 산별노조 규약에 합치하는 지부의 교섭능력 여부는 별개의 문제<sup>39)</sup>라는 점 등이다.

학설 중에도 예외적으로 지부의 단체교섭 당사자 지위를 인정하는 입장이 보인다. ① 산하조직이 그 명칭과 달리 상급노조에 대한 가입·탈퇴를 단체로서 하는 등 실질적으로는 단위노조와 다를 바 없는 경우,<sup>40)</sup> ② 산별노조가 형식적으로는 산별 단위노조이지만 실질적으로는 산별 연합단체로서의 지위를 갖는 경우<sup>41)</sup>에는 지부의 당사자성을 인정하고 있다.

이러한 논의에 대해 필자는 다음과 같은 주장을 피력한 바 있다:

“부정설은 실질적으로 지부가 교섭당사자로서 활동하고 있을 뿐만 아니라 단위 노조와의 관계상 교섭권(한)의 배분 내지 조정이 이루어지고 있는 현실태를 적절히 반영하지 못하고 있다는 점, 향후 창구단일화의 결과 과반수 지위를 획득한 대표노조에 대해서는 지부의 조직형태를 취하고 있다 하더라도 단체교섭당사자성을 부여할 것을 예정하고 있는 현행법제도를 설명할 수 없다는 점에서 법리상 수긍하기 힘들다.”<sup>42)</sup>

“만약 단위노조가 교섭권의 배분·조정에 성공하지 못해 형해화의 결과를 초래한다면 그 원인을 지부의 당사자성의 유무에서 찾을 것이 아니라 단위노조 자체의 단결력 또는 조정·규제 능력의 미비 등 다른 실질적 요인에서 찾아야 할 것이다. 거꾸로 생각해 보면 조합민주주의의 요청 상 하부조직이라도 사단적 실체를 가지는 단체에 대해서는 그에 상응하는 법률적 지위를 부여하는 것이 오히려 바람직하다는 점을 고려하면 지부의 당사자성을 일률적으로 부정할 일은 아니다.”<sup>43)</sup>

## (2) 조직형태의 변경

1997년 노조법이 새로이 제정되면서 그동안 해석론에서 사용되던 ‘조직형태의 변경’이라는 법률상의 용어가 처음으로 등장하게 된다. 제정 노조법은 제16조 제1

38) 임종률, 위의 책, 111-112면; 하갑래, **집단적노동관계법**, (주)중앙경제(2010), 255-256면.

39) 김기덕, “산업별노조의 단체교섭 주체에 관한 법적검토”, **노동과 법**, 제5호, 금속법률원(2004), 132-134면.

40) 임종률, 앞의 책, 112면.

41) 이승욱, 앞의 글, 217-218면.

42) 줄고, “산별체제로의 전환과 법률적 쟁점의 재조명”, **노동법연구**, 제30호, 서울대학교 노동법연구회(2011. 3), 55면.

43) 앞의 논문, 56면.

항에서 총회의 의결사항 중 하나로 ‘조직형태의 변경에 관한 사항’(제8호)을 추가하고, 같은 조 제2항에서 “... 조직형태의 변경에 관한 사항은 재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.”라고 규정하였다. 이 규정들은 현재까지 유지되고 있는바, 제16조 제1항(총회의 의결사항)은 ‘조직형태의 변경에 관한 사항’(제8호)을 ‘연합단체의 설립·가입 또는 탈퇴에 관한 사항’(제6호) 및 ‘합병·분할 또는 해산에 관한 사항’(제7호)과, 같은 조 제2항은 ‘조직형태의 변경’을 ‘합병·분할·해산’과 독립하여 병렬적으로 규정하고 있다.

동 규정은 단위노조가 초기업적 단위노조의 지부로 조직형태를 변경하는 경우 또는 상부연합단체가 단위노조로 조직형태를 변경하는 경우 해산절차나 별도의 설립절차를 거치지 않고 동일한 법률상의 자격을 부여하기 위해<sup>44)</sup> 마련된 것이다. 실제 조직형태의 변경 방식은 1990년대 후반부터 가속화된 산별노조의 건설 과정 및 이후의 조직이탈 수단으로 가장 널리 사용되었다. 조직형태의 변경이 실무상으로나 학계에서나 논의와 주목의 대상이 된 것은 바로 이 때문이다.

그러나 노조법은 조직형태 변경의 의의나 요건 또는 그 효과에 대해서는 아무런 규정을 두지 않았고, 그 때문에 조직형태 변경의 실체적 사항들(요건과 효과 등)에 관해서는 여전히 해석론에 맡겨져 있다. 조직형태의 변경의 효과와 관련하여 법률적 지위가 그대로 유지되는 관계로 원칙적으로 조직형태의 변경이 있더라도 재산관계나 단체협약이 유지 또는 승계된다고 보아야하는 점에서 학설은 거의 일치한다. 그러나 조직대상의 의의와 범위에 관해서는 견해의 대립이 심각하다.

우선 조직형태의 요건 설정에 있어 ‘동일성’(또는 ‘실질적 동일성’)을 포함시킬 것인가가 다투어지는데, 판례와 다수설은 이를 요건사실로 이해하고 필자도 동일한 입장을 피력한 바 있다. 그 결과 기업별 노조가 산별노조의 지부 내지 하부조직으로 변경하는 경우에는 대부분의 학설이 조직형태의 변경으로 인정하고 있다. 그런데 기이하게도 그 반대의 경우, 다시 말해 산별 단위노조의 하부조직에서 독립하여 기업별 단위노조로 조직형태를 변경하거나 다른 산별 단위노조의 하부조직으로 편입하는 경우에는, 이를 조직형태의 변경으로 보지 않는 경향이 강하였다. 결국 산별노조로 편입할 때와 하부조직에서 이탈할 때 양자를 구별하여 조직변경에의 해당성 여부에 차이를 두어야 한다는 것이다. 편입의 경우는 독자적 행위능력이 인정되는 기업별 단위노조가 행한 결정임에 반하여 이탈의 경우는 행위능력이 없는 지부 또는 하부조직의 결정이기 때문에 그 효과를 인정할 수 없다는 것이

44) 노사관계개혁위원회, '96 노동관계법·제도 개혁안(1996. 11), 70면.

다. 결국 이 문제는 앞에서 언급한 바 있는 지부의 교섭당사자성의 문제와 궤를 같이 한다. 필자는 판례와 같이 독립적인 실체를 가지는 지부나 하부조직도 독자적 행위능력을 가진다고 보기 때문에 이러한 이론적 경향에 반대하였다:

“위 학설에 이런 질문을 던져보자. 만약 기업별단위노조가 산별노조의 단순한 하부조직(독립적 실체가 없고 따라서 행위능력이 인정되지 않는 지부 또는 분회)으로 편입되는 경우를 조직형태의 변경이라 할 수 있을까. 필자는 이 경우에는 ‘이탈’할 때와 마찬가지로 조직형태의 변경에 해당되지 않는 것으로 본다. 왜냐하면 이 경우의 편입은 독자적 의사결정능력을 가지는 하나의 사회적 실체(entity)가 그러한 능력이 상실된 하부조직이나 부품으로 질적으로 전환하는 것이기 때문에 이미 실질적 동일성을 인정할 수 없기 때문이다. 조직형태의 변경의 정의에서 간취되듯 이 문제는 ‘존속’에서 ‘존속’으로의 수평적 이동을 전제한다. 편입할 때에 조직형태의 변경에 해당된다고 하는 말은 편입된 후에도 독자적 의사결정능력을 가진다는 점을 전제해야만 가능하다. 그렇지 않으면 조직형태의 변경에 부여되는 법적 효과 즉 ‘재산관계 및 단체협약의 주체로서의 지위 부여’<sup>45)</sup>를 기대할 수 없기 때문이다. 요컨대 ‘편입’할 때와 ‘이탈’할 때를 구별할 수 없다는 점이다. 단순한 하부조직으로 편입할 경우가 조직형태의 변경이 아니듯이 이탈할 경우에도 조직형태의 변경이 아니거나, 하부조직으로 편입할 경우가 조직형태의 변경에 해당된다면 마찬가지로 이탈할 때에도 조직형태의 변경에 해당된다고 보는 경우 외의 다른 경우의 수는 논리적으로 상정할 수 없다.”<sup>46)</sup>

## V. 최근의 해석론상 · 입법론상의 쟁점

### 1. 사내하도급 근로자<sup>47)</sup>

사내하도급은 전형적인 도급계약과는 이질적인 특성을 지니고 있고 파견규제를 회피하기 위해 탈법적으로 이용되는 경우가 많아서 노동법의 영역에서 다수의 법률적 쟁점을 제공하고 있다.

첫째, 원청회사의 하도급 결정과 관련한 쟁점이다. 이 경우 하도급 결정이 단체

<sup>45)</sup> 대법원 1997. 7. 25. 선고 95누4377 판결.

<sup>46)</sup> 이철수, 앞의 논문, 76-77면.

<sup>47)</sup> 이상의 내용은 줄고, “관례를 통해 본 사내하도급의 법적 쟁점”, **노동법실무연구**(김지형대법관퇴임기념논문집), 노동법실무연구회(2011. 11)에 전적으로 의존한 것임.

교섭의 대상사항이 되는지가 다투어질 수 있고, 경영상 해고 법리와 고용승계 문제와도 연관된다고 할 수 있다.

둘째, 위장도급의 경우 원청회사의 계약 책임을 묻고자 하는 경우에 발생하는 문제이다. 원청회사와의 근로계약관계의 존재를 주장하거나 파견법상의 고용의제 조항(구법) 또는 고용의무조항의 적용을 주장하는 방식으로 제기된다.

셋째, 근로계약의 성립 여부와 상관없이 원청회사에 단체교섭을 요구하거나 부당노동행위 책임을 묻는 경우에 발생하는 문제이다. 이는 이른바 사용자책임의 확대 이론과 연결되어 있다.

넷째, 원청회사와 하청회사의 불공정거래를 둘러싼 다툼이다. 이는 기본적으로 경제법의 영역에서 다루어질 성질의 문제라고 할 수 있다.

법원의 판결을 통해 주로 다투어진 사건은 위장도급이 행해진 경우 두 번째와 세 번째의 쟁점에 관한 것이다.<sup>48)</sup>

도급관계로 위장하기 위해서는 반드시 수급인의 외형을 띠는 자를 설정하게 되는데, 이 경우 외형상 수급인이 실체를 전혀 가지지 않는 경우와 그렇지 않는 경우로 나누어 볼 수 있다. 실체를 가지지 않은 경우로 현대미포사건처럼 수급인의 법인격이 형해화되어 있는 경우 또는 수급인의 관련 행위가 직업안정법상의 유료 직업소개사업을 한 것에 불과한 경우를 상정할 수 있을 것이다. 수급인의 실체가 없게 되면 근로계약관계의 성립 여부나 책임의 추급 여부를 원청회사에 물을 수밖에 없을 것이다(사용자책임의 전환). 수급인의 실체가 인정되면 어느 누구에게 사용자책임을 물을 것인가가 해석론상의 쟁점이 될 것이다. 이 경우에 기존의 파견

48) 주요 사례를 유형적으로 정리하면 다음과 같다.

- ① 법인격 부인론을 원용하여 묵시적·직접적 근로관계를 인정한 사례
  - 경기화학 사건: 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결.
  - 현대미포조선 사건(용인기업 사건): 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결.
  - SK 사건(인사이트코리아 사건): 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.
- ② 근로자(불법)파견관계로 보아 파견법상 근로관계(고용간주)를 인정한 사례
  - 울산 현대자동차 사건: 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.
  - 아산 현대자동차 사건: 대법원 2010다106436 사건계류 중
  - 예스코 사건: 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결
  - 한국마사회 사건: 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007다72823 판결.
  - SK 와이번스 사건: 대법원 2008. 10. 23. 선고 2006두5700 판결.
- ③ 근로관계는 부정하지만 노사관계(부당노동행위)는 인정한 사례
  - 현대중공업 사건(사내하청업체의 노조설립에 대한 지배·개입의 부당노동행위 인정): 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결

법제가 어떻게 영향을 미치는지를 두고 입장의 대립이 존재한다.

행정지침 등에서 도급과 파견 또는 위장도급과의 구별기준을 마련하고 있으나 현실적으로 그대로 적용하는 데에는 한계가 있다. 사내하도급의 경우 근로계약적 요소와 도급계약적 요소가 비정형적으로 혼합되어 있을 뿐만 아니라 기업, 업종 및 산업마다 매우 유동적인 형태를 취하고 있기 때문이다. 사내하청은 그 속성상 혼합계약적 성격을<sup>49)</sup> 지닐 수밖에 없다. 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약을 이행하는 과정에서 하청근로자는 법률적으로는 하청회사의 이행보조자의 지위에 있지만, 실제적으로는 원청회사의 장소적 공간에서 자신의 노동력을 제공하기 때문이다. 근로장소를 지배하는 원청회사의 지시를 완전히 배제하는 것은 현실적으로 불가능하고 하청근로자들의 근로조건은 원청회사라는 매개변수를 거치지 않을 수 없다고 보는 것이 보다 현실적인 진단이다. 관련 판결문에서 자주 발견되는 ‘우월적 지위’, ‘어느 정도의 종속성’ 등의 표현은 이를 방증해 준다.

그런데 법해석론적 차원에서는 이러한 사실들을 종합적으로 고려하여 도급인지 파견인지 규범적 선택을 하여야 하고, 그 선택의 결과에 따라 현실은 사상되고 전혀 다른 경로를 거치게 된다. 즉 ‘노동법으로 갈 것인가? 경제법과 상법으로 갈 것인가?’의 선택을 강요받는다. 현재 노동부의 지침이나 법원의 해석처럼 도급과 파견을 모순 개념으로 이해하는 한, 40%의 지휘·명령 요소가 존재하더라도 보다 우세한 60%의 도급적 요인으로 인해, 노동법적 보호의 관념은 해석론의 세계<sup>50)</sup>에서는 반영되기 어렵다.

판례를 통하여 위장도급의 경우 수급사업자의 실체성이 부인되는 경우에는 원사업자와 수급사업자의 근로자 간에 묵시적으로 근로계약이 성립한 것으로 해석하거나(묵시적 근로계약론 또는 법인격 무시론), 수급사업자의 실체성이 인정되는 경우에는 불법파견으로 보아 파견법상의 사용자 책임을 묻고 있다. 후자의 경우 위법

49) 이영면·박지순·권혁, 원하청도급관계에서의 노동법적 쟁점 및 과제, 노동부 용역보고서(2007. 10), 302-304면.

50) 도급과 파견의 이원적 구분법에 대한 비판적 견해를 피력하면서 하도급을 노동법의 프리즘에 편입시키기 위한 고심어린 연구로는, 이병희, “파견과 도급의 구별기준 및 파견법상 직접고용간주규정의 적용범위”, **사법논집**, 제43집, 법원도서관(2006); 조임영, “근로자파견관계의 판단방식과 기준”, **노동법연구**, 제22호, 서울대학교노동법연구회(2007); 오윤식, “위장도급의 준별과 그 법적 효과”, **민주법학**, 제37호, 민주주의법학연구회(2008); 전형배, “대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준”, **노동법학**, 제36호, 한국노동법학회(2010); 권형준, 앞의 논문; 도재형, “사내하도급 관계에서 근로자 파견의 인정기준”, **법조**(2011. 8) 등 참조.

한 근로자공급사업으로 보아 고용의제규정 또는 고용보호규정을 적용할 필요 없이 원사업자가 수급사업자의 근로자를 사용한 시점부터 직접 근로계약관계가 존재한 것으로 보아야 한다는 유력한 비판론이 제기되고 있다. 또한 집단적 노동관계의 경우에는 사용자 개념의 외연을 확대하여 근로계약관계가 존재하지 않는 경우에도 부분적으로 사용자 책임을 물을 수 있도록 하고 있다(사용자책임의 확대론). 사용자책임의 확대가 지배·개입의 경우에 국한되는지 아니면 단계교섭에까지 미치는지에 관해서는 아직 대법원 판결을 통해 본격적으로 다루어지지 않았지만, 다수설은 이를 적극적으로 해석하고 있다. 학설이나 판결을 통해 원사업자에게 계약책임 또는 파견법상의 책임을 묻기 위한 법적 해결방법에 다음과 같은 문제점이 극복되어야 할 것이다.

원사업주와 근로자 간의 계약관계의 성립을 전제로 한 법리 구성은, 우선 법률의 규정에 의하지 않은 채 해석으로서 당사자의 의사에 반해 계약관계 당사자가 되도록 강제하여 각종 책임을 부담하도록 하여야 하는 것이 해석재량을 일탈한 것이 아닌지에 관한 방법론상의 고민이 따른다. 아울러 수급사업자와 근로자 간의 근로계약관계의 효력이 어떻게 되는지, 원사업자와 수급사업자의 책임 귀속 내지 배분 문제를 어떻게 해결할 것인지에 관한 이론적 해명이 필요하고, 기존의 수급사업자와 근로자 간에 형성된 각종 법률관계(대표적으로 임금)를 어떻게 재해석하여야 하는지가 해석론적 과제로 남게 된다.

파견법제를 통한 규제방식은 우선 고용간주나 고용의무 규정을 두어 계약을 강제하는 방식을 취하고 있기 때문에 계약자유 원칙을 침해할 소지가 있어 위헌성 여부가 논란될 여지가 있다. 또한 현행법에서는 고용이 강제된 경우의 구체적 근로조건, 당사자 간에 근로조건에 관한 합의를 이루지 못한 경우에 대비한 해결방법이 제시되지 않고 있다. 무엇보다도 비판론이 제기하는 바와 같이 위법파견의 경우 사용사업주와의 근로계약관계 성립 시점에 관해서는 전적으로 해석론에 맡겨져 있는바, 일본의 예에서 보듯 이 문제는 ‘논란의 늪’에 빠질 수 있는 hard case여서, 탈법행위의 유형과 위법성의 정도 등을 감안한 입법론적 작업이 필요할 것이다.

위와 같은 연유로 사내하도급과 관련한 입법론적 대응방안을 특별히 강구하여야 할 것으로 보인다. 입법론의 출발점은 노동법 아니면 상법이라는 양자택일의 이분법(all or nothing)을 지양하는 데에서 찾아야 할 것이다. 이는 근로자 개념의 어려움을 타개하기 위한 한 방편으로 ILO가 권고하는 이른바 ‘계약노동’(contract

labor)에 관한 해법과 유사하다. 사내하청의 문제를 노동시장과 재화시장의 중간영역에 존재하는 회색지대(gray zone)로 위치지우고, 이러한 법현상에 대해서는 해석론상의 조작을 지양하고 ‘있는 사실 그대로(as it is)’ 실태에 즉응하는 해법을 찾아야 할 것이다. 일례로 원청회사의 장소적 공간에서 발생하는 근로조건, 예컨대 근로시간, 산업안전, 성희롱 방지 등의 배려의무, 산업재해 등에 대해서는 원청회사에 사용자 책임을 지우고 이러한 사항과 관련하여 하청근로자에게 집단목소리(collective voice) — 그것이 단체교섭이든 경영참가의 방법이든 — 를 보장하는 방법을 생각해 볼 수 있을 것이다. 다면적 근로관계의 외양을 띠면서 규범의 세계에서는 양면적 근로관계로 평가받기도 하는 하도급은 ‘히드라’와 같은 존재이다. 최근의 판결들을 통해 이제 막 해석론적 쟁점이 추출되고 법원이 나름대로의 이론을 모색하고 있지만, 이 이상한 생물체를 잘 추스르기 위해서는 국회와 정부도 진지한 고민을 기울여야 할 것이다.

## 2. 통상임금

가. 2012년 금아리무진 판결 이후 통상임금의 범위를 둘러싸고 소송이 봇물처럼 터지고 있다. 2013년 6월 현재 163개 사업장에서 관련 소송이 진행 중이고 업종별로는 운수업(101개 사업장), 제조업(44개 사업장)이 주류를 이루고 있다. 통상임금에서 제외된 수당을 포함시켜 연장근로수당이나 주휴수당 또는 연차휴가 수당 등에 있어 미지급된 차액을 추가로 지급할 것을 요구하는 사안들이다. 고정상여금을 비롯하여 하계휴가비, 명절 귀향비, 선물 또는 선물비, 유틸리티켓, 직무수당, 조정수당, 판매수당, 가계안정비, 대민활동비, 특수업무수당, 급식비와 교통보조비 등 논란이 되는 수당의 카탈로그도 실로 다양하다.

정기상여금이 통상임금에 포함될 수 있다는 2012년의 금아리무진 판결(대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결)로 통상임금 문제가 세인의 관심을 끌게 되었지만, 법리적 관점에서 보면 그 이전의 사건과 성격을 달리하는 것은 아니다. 그러나 다른 수당과 달리 고정상여금이 통상임금에 포함되면 산업계에 미치는 영향<sup>51)</sup>이 워낙 크기 때문에 판결의 결과에 대한 관심은 물론이고 법제도적 관점에서 재

51) 영향효과와 관련하여 경총의 38조, 한국노동연구원의 21조, 한국노총의 5.7조 등 다양한 진단이 나오고 있다. 임금제도개선위원회, 통상임금관련자료(2013. 6. 27), 12면 이하 참조.



검토가 필요<sup>52)</sup>하다는 지적이 거셌다.

그런데 금아리무진 사건 이후 고정상여금이 통상임금에 포함되는지의 여부와 관련된 사건이 하급심에서 많이 다루어졌으나 법원마다 결론을 달리하거나 상호모순적인 판결이 나와<sup>53)</sup> 혼선이 빚어졌다.

나. 이러한 혼선을 해결하기 위해 대법원은 공개변론과 연구를 거쳐 2013년 12월 18일 전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 판결)을 내리게 된다. 하급심에서 의견의 대립을 보인 부분이 ‘고정성’의 요건이었기 때문에 전원합의체 판결에서 이와 관련하여 보다 구체적인 해석기준을 제시하고 있다

동 판결에 따르면 고정성이란 초과근로를 제공할 당시에 그 지급여부가 업적, 성과 기타 추가적인 조건<sup>54)</sup>과 관계없이 사전에 이미 확정되어 있는 것을 의미하고, ‘고정적인 임금’은 ‘임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연히하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’을 의미한다.<sup>55)</sup> 고정성 요건과 관련하여 판결문에서는 “이 요건은 통상임금을 다른 일반적인 임금이나 평균임금과 확연히 구분 짓는 요소로서 통상임금이 연장·야간·휴일 근로에 대한 가산임금을 산정하는 기준임금으로 기능하기 위하여서는 그것이 미리 확정되어 있어야 한다는 요청에서 도출되는 본질적인 성질이다”라고 설시하고 있다.<sup>56)</sup> 기존의 대법원 판결에서 고정성의 유무를 ‘실제 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는지의 여부’<sup>57)</sup>에 따라 판단

52) 경총은 인건비 상승과 일자리 감소(37만개)의 문제점을 지적하면서 정기상여금을 통상임금에서 제외하는 내용의 근로기준법시행령 개정을 요구하였고, 노동계는 정기상여금을 통상임금에 포함토록 ‘통상임금 산정지침’(노동부 예규)의 변경을 요구하였다. 민주당 홍영표 의원과 진보당의 심상정 의원이 법률개정안을 발의하였다. 그리고 정부에서도 임금체계의 합리화와 임금제도의 개선을 위해 임금제도개선위원회를 발족시켜 논의를 하였다. 위의 자료, 1-2면 참조.

53) 이에 관한 최근의 분석자료로 김성수, “통상임금에 관한 최근 판결례분석”, <현행임금법제도의 문제점과 해결책은 무엇인가?> 법무법인 지평지성 주최 세미나자료집(2013. 7. 9) 참조.

54) 추가적인 조건이란 초과근무를 하는 시점에 그 성취 여부가 불분명한 조건을 의미한다.

55) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 11면.

56) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 10면.

57) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결, 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다106426 판결 등 참조.

한 것에 비하여 진일보한 입장을 취하고 있다.

이러한 해석론에 따라 근무일수나 근무실적에 따라 지급액의 변동이 있게 제도가 설계되어 있더라도 고정성이 인정될 수 있는 길을 열어 놓았다고 할 수 있다.

“매 근무일마다 일정액의 임금을 지급하기로 정함으로써 근무일수에 따라 일할 계산하여 임금이 지급되는 경우에는 실제 근무일수에 따라 그 지급액이 달라지기는 하지만, 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하기만 하면 그에 대하여 일정액을 지급받을 것이 확정되어 있으므로, 이러한 임금은 고정적 임금에 해당한다.”<sup>58)</sup>

“지급 대상기간에 이루어진 근로자의 근무실적을 평가하여 이를 토대로 지급 여부나 지급액이 정해지는 임금은 일반적으로 고정성이 부정된다고 볼 수 있다. 그러나 근무실적에 관하여 최하 등급을 받더라도 일정액을 지급하는 경우와 같이 최소한도의 지급이 확정되어 있다면, 그 최소한도의 임금은 고정적 임금이라고 할 수 있다.”<sup>59)</sup>

이러한 해석론에 따르면 일반적인 정기상여금의 경우 이미 사전에 확정되어 있어 고정성이 인정됨은 당연하다고 본 것이다.

그런데 지급일이나 기타 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해진 임금과 관련하여 기존의 입장과 달리 색다른 해석론을 개진하고 있다. 이러한 재직요건은, 특정 시점에 그 성취 여부가 이미 확정되어 있는 근속연수요건 등과 달리, 그 성취 여부가 불분명하기 때문에 소정근로의 대가로 보기 힘들고 비고정적이라는 것이다. 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하고, 그 특정시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것이라면, 이러한 조건은 임금청구권의 발생을 위한 일종의 ‘자격요건’으로 파악하여야 하고 자격의 발생이 장래의 불확실에 사실에 의존하기 때문에 비고정적이라는 논리를 펴고 있다.<sup>60)</sup> 복리후생비 판결에서 명절상여금을 고정상여금과 달리 비고정적인 임금으로 판단한 이유이다. 이렇게 해석하면 향후 복리후생비의 대부분이 통상임금에 포함되지 않을 수 있게 될 것이다. 왜냐하면 1임금 지급기를 초과해서 지급되는 복리후생비의 경우

58) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 12면.

59) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 14면.

60) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 판결, 2-3면 참조.

중도에 퇴사하면 그 지급을 청구하지 않는 것이 일반적인 관행이기 때문이다.

다. 전원합의체 판결은 ‘사전확정성’을 고정성 판단에 있어 핵심적 요소로 삼고 있어 지급액의 절대고정성에 함몰되어 있던 기존의 논의를 극복할 수 있는 길을 열어준 점에서 보다 진일보한 해석론을 개진한 것이라 평가할 수 있다. 지급액의 변동 여부에 따라 기계적으로 고정성 유무를 판단하던 다수의 하급심 판결<sup>61)</sup>들은 더 이상 지지될 수 없게 되었다. 대법판결이 발표되기 전 금아리무진 판결을 평석하면서 필자가 지적한 논지와 동일한 맥락이다<sup>62)</sup>:

“통상임금은 법정수당을 산출하기 위한 도구개념이기 때문에 그 기능을 제대로 수행하기 위해서는 사전에 미리 확정될 것이 요구된다. 그리고 통상임금개념을 도입한 입법취지에 비추어 근로의 가치를 적정하게 반영하여야 한다. 통상임금의 개념 요소 중의 하나인 ‘고정성’도 이러한 통상임금의 사전확정성과 적정반영 필요성이라는 요청에 부합하는 방향으로 해석되어야 한다. 이와 관련 정인섭 교수는 고정성을 사전확정성으로 이해하면 족하고, “앞으로 소정근로를 제공하면 받게 될 ‘현재의 시점에서 확정할 수 있는 임금’<sup>63)</sup>이면 고정성의 요건이 충족된 것으로 보아야 한다고 주장하는 바, 통상임금의 취지를 잘 살린 타견이라 할 수 있다. 따라서 사전확정성을 저해할 소지가 있는 제 조건을 규정하였다 하더라도, 이를 임금 또는 통상임금의 본질에 영향을 미치지 않는 방향으로 해석해야 할 것이다. 당사자의 주관적 의지로 인해 객관적 법질서가 형해화될 위험이 있고 그로 인해 법적 안정성[이] 심각하게 훼손되기 때문이다.”

그런데 전원합의체 판결은 재직자에게만 지급하는 복리후생비의 경우 고정성이 결여된다는 이유를 들어 통상임금에 해당되지 않을 수 있다고 판시하여 기존의 판례법리<sup>64)</sup>를 변경하고 있다. 이러한 재직요건은 임금청구권의 발생을 위한 자격요

61) 이에 관한 자세한 소개는 졸고, “통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점—고정성의 딜레마”, **서울대학교 법학**, 제54권 3호(통권 제168호), 서울대학교 법학연구소(2013. 9), 893면 이하 참조.

62) 졸고, 위의 논문, 899-900면.

63) 정인섭, “임금법상 비교대상임금과 통상임금”, **노동법연구**, 제21호, 서울대학교 노동법연구회(2007), 138면 참조.

64) “복리후생적 명목의 급여가 지급일 당시 재직 중일 것을 지급조건으로 하는지 여부에 관하여 심리하지 아니한 채 해당 급여가 단체협약 등에 의하여 일률적·정기적으로 지급되는 것으로 정해져 있다는 사정만으로 통상임금에 해당한다고 판단한 대법원

건이고 그 성취 여부가 불분명하기 때문에 소정근로의 대가로 보기 힘들고 비고정적이라는 것이다. 그 결과 복리후생비의 일반적 관행을 고려하면 대부분의 복리후생비가 통상임금에 해당되지 않게 되고 이는 임금이분설을 취하고 있던 시절과 유사한 결과를 초래할 가능성이 높다.

이 점과 관련하여 정기상여금 판결에서 ‘일정한 근무일수를 충족하여야만 하는 임금’<sup>65)</sup>의 개념을 도입하고 있는 점이 눈에 띈다. ‘일정 근무일수를 충족하여야만 지급되는 임금’은 소정근로를 제공하는 외에 일정 근무일수의 충족이라는 추가적인 조건을 성취하여야 비로소 지급되는 것이라는 것이다. 나아가 이러한 임금군은 이른바 ‘소정근로’에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어렵다는 것이다. 그러면서도 재직요건이 부가되어 있다 하더라도 재직기간까지의 기간에 비례한 만큼의 임금이 지급되는 경우에는 고정성이 부정되지 않는다고 한다.<sup>66)</sup>

필자는 전원합의체 판결이 왜 중전의 견해를 바꾸었는지 이해하기 힘들다. 기존의 대법원 판결 등을 통해 복리후생비의 문제는 일단락되었고 이 점과 관련하여 노사 공히 별 이의를 제기하지 않아 분쟁의 여지가 사라진 사안에서, 전합판결과 같이 재직요건의 구체적 내용과 당사자의 명시적, 묵시적 합의나 관행의 존재 등을 들어 달리 해석할 여지를 남기는 것은 통상임금의 사전확정성이나 법적안정성의 견지에서 바람직하지 않기 때문이다. 더구나 이러한 재직요건이 존재하면 정기상여금의 경우에도 통상임금성이 부정된다는 주장이 나와 노사갈등의 새로운 불씨가 되고 있는 사정을 고려하면, 이 점은 비판적으로 검토되어야 할 것이다.

라. 현행의 통상임금제도는 다음과 같은 문제점을 안고 있다.

첫째, 통상임금문제는 기본적으로 임금체계의 복잡성에서 기인하는 것이다. 이 복잡성은 정부의 임금가이드라인정책, 사용자의 임금유연화 전략, 노동조합의 전략적 동조 등의 복합적 요인이 작용한 것이다. 둘째, 기본급의 비중이 매우 낮은 기형적인 구조를 취하고 있으며 제수당 종류와 비중, 상여금의 비중이 사업장마다 천차만별<sup>67)</sup>이다. 노사의 상호양해로 임금체계가 형성된 대규모, 유노조 사업장일

2007. 6. 15. 선고 2006다13070 판결 등을 비롯한 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.” 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 16면.

65) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 12면.

66) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결, 13면.

67) 이에 관한 가장 최근의 통계자료로 임금제도개선위원회, 임금제도개선위원회논의자료

수록 수당의 종류가 많고 임금체계가 복잡하고 상여금이 차지하는 비중이 높다. 셋째, 통상임금이 노동의 가치를 적정하게 반영하지 않음으로써 실질적으로 초과근무할증률을 낮추는 효과<sup>68)</sup>가 있고 이는 장시간 근로를 조장한 측면이 있다. 넷째, 임금체계의 개선을 위한 어떠한 노력도 발견할 수 없었다. 정부는 기존의 예규를 고집하였고 노사는 기업별 교섭을 통해 단기적 이익 조정에 급급하였다.

현행의 임금체계상의 난맥상은 정부정책, 노사관계적 측면에서 그 원인을 찾을 수 있는바, 이 중 통상임금과 관련하여 가장 큰 문제는 통상임금의 소정근로의 가치를 적정하게 반영하지 못함으로써 근로시간 단축을 위한 가산임금제도의 취지를 살리지 못하고 오히려 장시간 근로를 조장하는 요인으로 작용했다는 점이다. 최근의 상여금 소송은 거의 대부분이 초과근로수당의 계산에 관련된 것으로 기본적으로 장시간근로의 문제이다. 나아가 업종, 기업규모, 고용형태, 노사관계의 지형에 따라 임금체계의 차별성이 심하고 임금구성 항목 간의 불균형성, 기형성으로 인해 생기는 노동사회학적 병리가 심각하다. 이런 기현상에 법은 일조하지 않았는가? 향후 문제해결에 법은 기여할 수 없는가? 필자의 소견으로는 지금까지 법해석상의 혼선으로 인해 문제의 심각성을 배가시켰으며, 향후 합목적적인 법해석을 통해 문제해결에 일조해야 한다고 생각한다. 이러한 역할은 종국적으로 법원의 몫이다. 그러나 통상임금을 둘러싼 해석론상의 난맥상은 기본적으로 우리 임금체계의 복잡성과 기형성에서 기인하는 문제이기 때문에, 임금체계의 개선이 선행되어야 할 것이다.

### 3. 새로운 종업원대표제의 모색

가. 현행법상 종업원의 집단목소리(collective voice)를 반영하는 제도로 근로기준법상의 근로자대표, 노동조합, 노사협의회를 상정하고 있다. 이들 제도간의 규범적 위상과 기능이 불분명하고 때로는 착종되어 있어서 법운용상 혼선을 빚고 있다. 더구나 기능적인 측면에서 노동조합의 대표성에 관해 의문이 제기되는 등 특히 사

2 (2013. 7. 24) 참조.

68) 김유선 박사의 분석에 따르면 소정근로에 대한 시간당 임금 평균이 18,000원임에 비해 초과근로에 대한 시간당 임금 평균이 14,000원으로 추정되는 기이한 현상이 발생한다(임금제도개선위원회, 통상임금관련자료(2013. 6. 27), 17면). 이것이 연장근로의 유인으로 작용함은 물론이다.

업장 차원의 노사관계에서 많은 변화가 일어나고 있다. 더구나 복수노조 시대를 맞이하여 소수노조의 발언권 보장도 중요한 이슈로 부각되고 있다.

근기법상의 ‘근로자대표’는 1990년대 후반 이후 새롭게 등장한 개념이다. 근로기준법에 이 개념이 도입되었지만 현재는 근로자퇴직급여보장법 등 여타의 법률에서 이용되고 있다. 그러나 근로자대표는 법제도적 측면에서 보면 과반수노조가 존재하지 않는 경우 대표성의 취약이라는 치명적 약점을 안고 있을 뿐만 아니라 개념의 모호성으로 인해 해석론상 다툼이 많아 법적 안정성을 훼손시키고 있다.

한편, 근참법에서는 상시근로자 30인 이상 사업장에서 의무적으로 노사협의회제도를 설치할 것을 법적으로 강제하고 있다. 그러나 규모가 작고 노조설립의 가능성이 낮은 사업장에서는 사용자들이 노사협의회 설치를 꺼려하거나 그 운영이 다분히 형식에 치우치고 있는 실정이고, 노사협의회가 종업원 전체의 이익을 대변해야 함에도 불구하고 정규직 또는 노동조합 중심으로 운영되어 사업장내 취약근로자를 대변하지 못하고 있다. 근로자 위원 선출절차 이행의 주체가 불명확하고 근로자 참여를 위한 절차규정이 미비함으로써 무노조 사업장의 경우 직접선거를 행하는 사업장은 50%에 미치지 못하고 회사가 지명하거나 추천하는 경우(22.8%) 또는 일부 선거 일부추천을 행하는 사업장(17.3%)도 다수이다.

노동조합을 헌법 제33조의 근로3권을 향유할 수 있는 유일한 단체로 전제하고 있는 현재의 주류적 해석론(노동조합중심주의)에 따르면, 임의단체인 노동조합과는 조직상 구별되는 종업원대표 제도를 법정화하고 여기에 권한을 강화하고자 하는 방안은, 자칫 노동조합의 약체화 또는 단체교섭의 위축 등을 이유로 위헌론의 시비를 불러일으킬 소지가 없지는 않다. 그러나 노동조합의 조직률 하락으로 인한 대표성 약화, 고용형태의 다양화로 인한 다원적 채널의 필요성, 취약근로자의 조직화 미비 등의 현실적 요인을 고려하면 노동조합 외의 대안을 모색하는 일은 필요하다 할 것이다.

노동조합중심주의에 따라 노동조합을 제외한 여타의 종업원대표는 보충적 지위에 불과하다는 점을 시인한다 하더라도, 노동조합이 없거나 소수노조가 존재하는 경우 종업원 전체의 의견을 반영할 수 있는 상시적 메커니즘의 필요성이 존재한다. 그렇다면 현행의 근기법상의 근로자대표나 노사협의회가 그 대안이 될 수 있을까? 현행의 근로자대표나 노사협의회는 문제점을 노정하고 있을 뿐만 아니라 그 대표성이 의심을 받고 있어 집단적 노사자치를 담보하기가 어렵다.

나. 이러한 이유로 상설적인 대표시스템 모델을 몇몇 학자들이 제시하고 있다.

눈에 띄는 공통점은 노사동수로 구성되는 협의체(committee) 모델을 선호하고 있다는 점이다. 필자는 종업원들만으로 구성되는 위원회 방식(work council) 방식을 제안하고자<sup>69)</sup> 한다.

노사협의회는 노사동수의 회의체 기관으로 협의와 의결 기능을 수행하고 있으나, 여기에 참여하는 근로자위원들을 근로자대표기관으로 볼 수 있는지가 불분명하다. 근로자들의 선거 또는 과반수 노동조합의 위촉을 통해 선출된다는 점에서 대표기관으로서의 형식적 정당성은 인정될 수 있으나, 대표기관이라 함은 적어도 피대표자의 이익을 위해 그의 의사를 대신 결정하고 반영할 수 있는 절차적 시스템과 독립적 활동을 보장받아야 할 것인데, 노사협의회는 그러한 독립성을 보장받지 못하고 있고, 의결절차상으로도 근로자측의 의결을 실현시키거나 사용자측의 일방적 조치를 저지시킬 법적 권한들(동의권, 거부권, 이의제기권 등)을 가지고 있지 못하다. 그간의 경험을 보면 실제 노사협의회는 어떠한 ‘주체’로 상정되기보다는 법상의 경영참여 기능을 수행하기 위한 ‘형식’으로 관념되어 왔다고 볼 수 있다. 그 결과 노사협의회는 근로조건결정권을 가지는 독립된 실체로 인정되기 어렵다. 협의 및 의결사항과 관련하여 근참법상 이행의무와 처벌규정을 두고 있으나, 이행의무와 관련하여 노사협의회 또는 근로자 대표가 사법상 청구를 행할 수 있는지에 대해서는 의문이 있다. 근참법상의 참여권은 사법상의 권리침해에 대한 손해배상이나 방해배제로 구성하기가 어려움이 있고 현행 근참법도 이 점을 고려하고 있지 않다<sup>70)</sup>.

이에 반해서 근기법상의 근로자대표와 사용자가 체결한 서면합의의 경우에는 직·간접적으로 당해 사업장의 근로자들의 근로조건을 결정 내지 변경하는 효력이 인정된다. 단체협약과의 규범적 위계 또는 개별 근로자의 개별적 동의 내지 취업규칙의 변경이 필요한지의 여부와 관련하여 입장의 대립이 있지만, 적어도 계약 주체로서의 실체성은 전제되어 있다고 할 수 있다.

새로이 구상하고자 하는 대표시스템은 경영참여의 기제로서뿐만 아니라 사업장 차원의 근로조건 결정주체로서의 역할을 부여하고자 하기 때문에 위원회 방식이

69) 필자는 종래 협의회 방식을 주장하였으나 본고를 통해 그 입장을 변경하고자 한다. 사업장 차원의 대표 개념의 재정립의 배경과 비교법적 분석에 관해서는 줄고, “통일적인 종업원 대표시스템 정립을 위한 소고”, **산업관계연구**, 제21권 제1호, 한국노사관계학회(2011. 3) 참조.

70) 신권철, “노사협의회 법의 지위와 역할”, **노동법연구**, 제35호, 서울대학교 노동법연구회(2013), 285면 이하 참조.

보다 효과적일 것으로 보인다. 요컨대 독일의 종업원위원회 내지 사업장위원회와 같이 종업원들만으로 구성되는 단체로 관념하여 강한 실체성(entity)을 부여하는 것이 필요할 것이다.

제 외국의 예에 비추어 종업원대표를 제도화하기 위해서는 입법이 개입하는 것이 보편적인데, 그 정당성을 부여받기 위해서는 종업원대표가 종업원 전체를 대표하는 정통성을 가질 수 있어야 한다. 노조의 경우 이러한 정통성이 조합원의 의사에 기초한 수권에서 나온다. 반면 종업원대표제의 경우 근로자가 종업원집단의 일원이라는 이유만으로 대표-피대표 관계가 설정되어 버리므로 종업원대표가 대표로서의 정통성을 가지기 위해서는 집단적 수권을 통해서 그 대표성 내지 정통성을 인정받아야 할 것이다. 그리고 그 정통성은 바로 민주적 선거를 통해서 구현될 수밖에 없고 이 점이 입법에 충분히 반영되어야 할 것이다. 제 외국의 예에 비추어 사업장내 근로자 대표시스템의 정비에 있어 역사적 경로와 현재의 법제도가 상이함에도 불구하고 대부분의 입법례에서 대표의 민주적 정통성에 비상한 관심을 가지는 것도 바로 이러한 연유에서이다. 필자가 노사동수의 회의체 방식인 노사협의 회보다는 독일식의 종업원위원회 방식을 제안하는 것도 같은 맥락이다.

다. 종업원위원회가 설치될 경우 그 권한을 어느 정도 허용할 것인지는 입법정책상의 문제이긴 하지만 노동조합의 근로3권을 침해하지 않은 범위에서 설계되어야 할 것이다. 왜냐하면 헌법의 개정 없이 해석론으로 노동조합중심론을 부정하기는 어렵기 때문이다. ILO는 다원적인 의사소통 채널을 권장하고 있으면서도, 종업원대표제가 기존 노동조합을 약화 또는 대체하거나 새로운 노동조합의 결성을 방해하지 말 것을 줄곧 강조해 오고 있다. 이를 위해 종업원대표의 기능을 단체교섭의 대상사항에 포함되지 않거나 근로조건의 결정과 관련해 다른 제도로써 일반적으로 다루어지지 않는 상호 관심사로 국한할 것을 권고한다. 이러한 점들을 감안하면 현행의 근참법 제5조에서 명시하고 있듯이 종업원위원회가 노동조합의 단체교섭 기능을 위축시키는 방식으로 설계되어서는 안 될 것이다.

종업원위원회가 법정화될 경우 현행의 유니온숍제나 사업장 차원의 일반적 구속력제도는 재검토가 요구되고 취업규칙제도도 근원적으로 개선이 필요하다.

유니온숍 제도는 개인의 소극적 단결권 내지 단결선택의 자유를 침해하여 위헌성이 논란되는 점은 물론, 과거 노동조합 외의 다른 대안에 대한 발상이 존재하지 않던 시절에 단결강제의 일환으로 인정되던 것이고 현재 선진제국에서 그 합법성을 인정하는 예가 오히려 극소수에 불과하다는 점을 고려하면 전향적인 개선이 필



요하다. 사업장 차원에서 상설적인 종업원위원회가 존재하게 되면 종업원의 근로조건 개선을 위해 노조에 가입할 것을 강제하는 방식보다는 종업원위원회의 대표성을 강화하는 방안을 모색하는 것이 보다 합리적이다.

사업장 차원의 일반적 구속력 제도는 그 취지가 불분명하고 비조합원의 무임승차를 조장하는 문제점을 안고 있을 뿐만 아니라, 근로조건 통일화를 그 제도적 취지로 이해한다 하더라도 상설적인 종업원위원회에게 그 기능을 맡기면 되지, 굳이 이러한 법적 의제를 행할 필요는 없을 것이다.

사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙에 법규범성을 인정하는 것 자체가 원리적으로 문제가 있다. 이 제도는 과거 종업원의 대표시스템이 제대로 작동하지 못할 경우에 대비하여 국가가 후견자적 견지에서 근로조건유지 개선을 도모하기 위해 안출된 제도라는 점, 그럼에도 불구하고 현실적으로는 사용자의 주도에 의해 당사자의 계약의사가 무시되기 일쑤라는 점 등을 고려하면, 종업원위원회가 집단협정을 통해 근로조건을 형성하도록 하는 것이 바람직하고 또한 이러한 접근은 제외국의 예에 비추어 보편적인 현상이다.

## VI. 나가며

1. 1980년대부터 거세게 전세계를 강타한 신자유주의적 사조가 우리의 특수한 IMF 구제금융 위기와 맞물려 우리의 노동법제가 어떻게 변화, 발전해 왔는지를 살펴해보았다. 그리고 2008년 미국발 금융위기를 계기로 신자유주의에 대한 반성과 새로운 패러다임의 필요성에 대한 인식은 우리 법제에도 상당한 영향을 미치게 되고 그 결과 하도급근로자 보호와 같이 양극화, 불평등 해소문제가 노동사회법제의 주요관심사로 등장하게 된다. 본고에서 다루지 않았지만, 특수직 종사자 보호나 간접고용의 합리적 규율과 관련한 최근의 법 개정 논의, 정년법제의 개정 등도 이러한 흐름과 맥을 같이한다고 평가할 수 있을 것이다.

1987년 이전 정변이 있을 때마다 비정상적 입법기관에서 개악을 거듭해오던 우리의 부끄러운 노동법 개정사에 비추어 보면, IMF 이후 우리의 노동법제는, 내용상으로는 국제기준에 부합하는 방향으로, 과정상으로는 정상화를 찾아가는 방향으로 발전을 거듭해왔다고 총평해도 무방할 것이다. 2000년대 초반 노동의 유연화와 탈규제 논의가 대세를 점했지만, 근로시간 단축과 비정규직 보호를 위한 법제가

전문가 집단, 노사정위원회 또는 국회 등의 공론화 과정을 거쳐 국민적 관심 속에서 마련되었다는 사실을 보면 — 그 결과에 대해 평가가 각기 상이하지만 — 사회적 조합주의가 다각도로 실험되어 왔다고 할 수 있다.

앞에서 살펴본 대로 노사정위원회를 통한 1998년의 2. 6. 대타협은 IMF를 돌파할 수 있게 한 원동력이었다. 그 이후 합의에 이르지 못한 사항이라도 사회적 대화를 통해 일차적으로 갈등을 흡수하였고 입법 또는 정책과정에 정제된 논의거리를 제공한 점은 제대로 평가받아야 할 것이다. 한 때 우리나라 학자들이 벤치마킹하고자 했던 아일랜드 모델도 기실 우리의 노경총 임금합의와 유사할 뿐이라는 점을 고려한다면, 우리의 사회적 대화는 저평가된 측면이 많다. 근본주의적 시각에서 사회적 대화를 폄하하거나 그간의 노사관계개혁위원회나 노사정위원회의 활동에 대해 부정적 평가를 하는 것은 온당하지 않다고 생각한다. 특히 사회적 대화를 위한 전제조건이 성숙되지 않았다는 등을 이유로 노동계가 소극적인 자세를 취하는 것은 현명한 선택이 아니라 할 것이다. 왜냐하면 사회적 조합주의는 총체적으로 보면 노동의 발언권을 강화시켜 주기 때문이다. 경제정책 부서의 의견이 지배적이고 사회정책 부서의 목소리는 뒷전으로 밀릴 수밖에 없는 현 정부조직 구도 하에서, 단기적이고 가시적인 성과만을 강조하는 것은 현실성이 떨어질 뿐만 아니라 모험주의의 오류를 범하는 것이 된다. 사회적 조합주의를 소외된 노동의 목소리를 제도적으로 수렴하고 산업민주주의를 진작시켜 나가기 위한 과정으로 이해한다면, 최소한 그 형식과 방법론은 존중되어야 할 것이다. 정부조직 내에서 노동·복지·사회정책 영역의 발언권을 강화시키기 위해서라도 징검다리 역할을 하는 사회적 협의기구도 반드시 필요하다.

2. 본고에선 자세히 다루지 않았지만 판례법리를 볼 때에도 2000년대 초반과 후반의 경향에는 많은 차이가 발견된다.

2000년대 초반의 노동판례의 흐름에 대해 이흥재 교수는 단호하게 노동법의 위기라고 진단한 바 있다. 그는 시민법적 인식으로의 회귀 및 시민법적 인식 지속이라는 비판적 관점을 제시하면서, 구체적으로 특수형태근로종사자에 대한 근로자성 인정의 인식, 경영해고 요건 충족에 대한 완화된 해석, 단체교섭의 상대방으로서의 사용자 인정의 엄격성, 해고의 절차적 제한에 대한 엄격성 결여, 쟁의행위에 대한 획일적인 업무방해죄 적용, 직권중재제도의 합헌성 인정 등의 문제점을 제시하였다.<sup>71)</sup> 필자도 이 교수의 입장과 기본적으로 인식을 같이한다.

그러나 이용훈 대법원장이 재직한 2000년대 후반에는 근로권과 노동삼권의 보장 측면에서 보다 전향적인 흐름을 띠게 된다. 개별적근로관계법 분야에서는 대체로 근로자보호의 관점이 많이 부각되고 과거에 비해 노동법원리에 보다 충실하게 접근하고 있다. 근로자성 판단에 있어서 완화된 해석의 도입, 대기발령의 합리적 제한 법리, 노조전임자 활동의 업무재해성 인정의 확대 등을 그 예로 들 수 있다. 무엇보다도 현대미포조선 사건에서의 묵시적 근로관계의 인정, 예스코 사건에서의 불법과건에 대한 고용의제조항의 적용, 현대중공업사건에서의 사용자 책임의 확대 등 일련의 대법원 판결은, 구체적 타당성을 기하기 위한 과감한 해석론을 시도하고 그 이후의 노사관계에 많은 영향을 끼쳤다. 집단적노사관계법 분야에서는 보다 엄격하고 세밀해진 법리를 적용함으로써 과거의 보수적인 입장이 일정부분 완화되었다. 산별조직에서의 전임자 활동범위의 확대, 안전보호시설 위반의 쟁의행위에 대한 책임 제한, 일반 조합원의 민사책임 제한, 단체교섭 거부에 대한 위자료 지급 인정, 쟁의행위 찬반 투표에서의 평조합원의 의사 존중 등이 대표적인 사례로 꼽힌다. 특히 위법쟁의행위의 업무방해죄 성부와 관련된 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체판결은 기존의 법리를 변경하여 보다 엄격하고 신중한 접근을 통해 근로자의 단체행동권의 보장을 도모하고자 한 점에서 매우 의미있는 판결이라 할 수 있다.

이런 점에서 보면 최근의 몇몇 판결들, 예컨대 시민법논리에 치중한 손배가압류 판결, 근로권보다 경영권을 우월시하는 판결기조, 신의칙 법리 원용을 통한 근로자에 대한 사실상의 경영책임 부과 등의 사례는 본고에서 살펴 본 노동법제의 진화과정에 비추어 보면 매우 퇴영적인 자세를 취하고 있다고 할 수 있다. 이와 더불어 휴일근로가 연장근로에 포함되지 않는다는 노동부의 해괴한 해석, 코레일 파업의 대처과정에서 보여준 대화의 부재, 경제부처의 노동행정예의 간섭 등의 일련의 흐름들은 경제민주화라는 시대적 흐름에 역행하는 우려할 만한 사태라 아니할 수 없다.

투고일 2014. 2. 3	심사완료일 2014. 2. 26	게재확정일 2014. 2. 28
----------------	-------------------	-------------------

71) 이흥재, “대법원의 근로관계 인식에 대한 재조명”, **서울대학교 법학**, 제43권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2002. 9), 205~228면 참조.

## 참고문헌

- 권 혁, “현행 근로기준법 상 우선재고용의무제도의 법이론적 문제점”, **노동법학**, 제25호, 한국노동법학회(2007).
- 김기덕, “산업별노조의 단체교섭 주체에 관한 법적검토”, **노동과 법**, 제5호, 금속법률원(2004).
- 김성수, “통상임금에 관한 최근 판결례분석”, <현행임금법제도의 문제점과 해결책은 무엇인가?> 법무법인 지평지성 주최 세미나자료집(2013. 7. 9).
- 김엘립, “여성노동에 관한 노동법 60년사의 성찰”, 노동법 60년사 학술토론대회 자료집(한국노동법학회, 2013).
- 김형배, “한국노동법의 개정방향과 재구성”, **법학논집**, 제30집, 고려대학교 법학연구원(1994).
- \_\_\_\_\_, **노동법**, 박영사(2010).
- 김홍영, “부당해고 구제절차에서의 금전보상 제도 및 이행강제금 제도”, **노동법학**, 제25호, 한국노동법학회(2007).
- 노동부, 노사관계 개혁방안(2003. 9. 4).
- \_\_\_\_\_, **노사관계 법·제도 선진화 방안 설명자료**(2005. 12).
- \_\_\_\_\_, **공무원 노조법령 주요내용 및 쟁점 해설**(2006).
- \_\_\_\_\_, “제3편 근로자보호정책”, **노동행정사**(2006).
- \_\_\_\_\_, “제3편 근로자보호정책”, **노동행정사**(2008).
- \_\_\_\_\_, **노동조합 및 노동관계조정법령 제·개정 변천사**(2009).
- 노사관계개혁위원회, '96 노동관계법·제도 개혁안(1996. 11).
- 도재형, “사내하도급 관계에서 근로자 파견의 인정기준”, **법조**, 제60권 제8호, 법조협회(2011).
- 박은정, “해고의 절차 —『해고사유 등 서면통지의무』제도의 도입을 계기로 살펴 본 근로기준법상의 해고절차에 대한 몇 가지 의문 —”, **노동법학**, 제25호, 한국노동법학회(2007).
- 어수봉, “노동시장의 유연성 제고”, **노동동향분석**, 제10권 제3호, 한국노동연구원(1997).
- 오윤식, “위장도급의 준별과 그 법적 효과”, **민주법학**, 제37호, 민주주의법학연구회(2008).

- 은수미, “산별노조와 산별교섭: 보건의료산업과 공공부문을 중심으로”, 대법원 연구  
용역 세미나 9월 10일 발표문(2009).
- 이병희, “파견과 도급의 구별기준 및 파견법상 직접고용간주규정의 적용범위”, **사법  
논집**, 제43집, 법원도서관(2006).
- 이승욱, “산별노동조합의 노동법상 쟁점과 과제”, **노동법연구**, 제12호, 서울대학교  
노동법연구회(2002).
- 이영면 · 박지순 · 권혁, **원하청도급관계에서의 노동법적 쟁점 및 과제**, 노동부 용역  
보고서(2007. 10).
- 이철수, “하부조직과 상부연합단체의 단체교섭 당사자성”, **노동법의 쟁점과 과제**(김  
유성교수 화갑기념논문집), 법문사(2000).
- \_\_\_\_\_, “근로계약의 해석론적, 입법론적 과제”, **노동법학**, 제15호, 한국노동법학회  
(2002).
- \_\_\_\_\_, “근로계약법제와 관련한 방법론적 검토”, **노동법의 존재와 당위**(김유성교수  
정년기념논문집)(2006).
- \_\_\_\_\_, “개정 해고법제의 주요 내용과 그 평가”, **노동법연구**, 제22호, 서울대학교  
노동법연구회(2007).
- \_\_\_\_\_, “산별체제로의 전환과 법률적 쟁점의 재조명”, **노동법연구**, 제30호, 서울대  
학교노동법연구회(2011).
- \_\_\_\_\_, “통일적인 중업원 대표시스템 정립을 위한 소고”, **산업관계연구**, 제21권 제  
1호, 한국노사관계학회(2011).
- \_\_\_\_\_, “판례를 통해 본 사내하도급의 법적 쟁점”, **노동법실무연구**(김지형대법관퇴  
임기념논문집), 노동법실무연구회(2011).
- \_\_\_\_\_, “통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점—고정성의 딜레마”, **서울대학  
교 법학**, 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2013).
- 이흥재, “대법원의 근로관계 인식에 대한 재조명”, **서울대학교 법학**, 제43권 제3호,  
서울대학교 법학연구소(2002).
- 임금제도개선위원회, **통상임금관련자료**(2013. 6. 27).
- \_\_\_\_\_, **임금제도개선위원회논의자료 2** (2013. 7. 24).
- 전형배, “대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준”, **노동법학**, 제36호, 한국노동법학  
회(2010).
- 정인섭, “임금법상 비교대상임금과 통상임금”, **노동법연구**, 제21호, 서울대학교 노

동법연구회(2007).

조임영, “근로자파견관계의 판단방식과 기준”, **노동법연구**, 제22호, 서울대학교 노동법연구회(2007).

하갑래, **집단적노동관계법**, (주)중앙경제(2010).

하경효, “노동법의 기능과 법체계적 귀속”, **社會變動과 私法秩序**(김형배교수정년퇴임기념논문집)(2000).

西谷 敏, “労働法における規制緩和と弾力化”, **労働法における規制緩和と弾力化**(日本労働法學會誌 93号), 總合労働研究所(1999).

野村晃, “JR不採用事件(中勞委命令取消訴訟)”, **労働法における規制緩和と弾力化**(日本労働法學會誌 93号), 總合労働研究所(1999).

和田肇, “ドイツ労働法の變容—標準的労働關係概念を中心に—”, **労働法における規制緩和と弾力化**(日本労働法學會誌 93号), 總合労働研究所(1999).

Heijden, “Post-Industrial Labour Law and Industrial Relations in the Netherlands”, *Labour Law in Post-Industrial Era*, Dartmouth, 1994.

OECD, *OECD Employment Outlook*, 2004.

Stiglitz, Joseph, “The Global Crisis, Social Protection and Jobs”, *International Labour Review*, Vol. 148 (2009).

&lt;Abstract&gt;

## The Evolvement of Korean Labor Law after the IMF Bailout

Lee, Cheol Soo<sup>\*</sup>

Labor legislation, in its essence, is the complex result of intersection between economic, social context and ideology of the pertinent society. In Korea, the 1997 IMF bailout has marked a profound impact on Korean labor legislations. An unprecedentedly successful Tripartite Social Accord on the post-IMF social and economic issues was reached; afterwards, this Accord has functioned as a cornerstone of determining the main characters of the 21th century's Korean labor legislations. Historically, the four main Korean labor legislations, based on that of Japanese labor laws, has gone through many vicissitudes since 1953 according to political upheaval. However, the IMF bailout had the most strong and lasting influence in Korean labor law. Moreover, when looking into the process of labor law enactment and amendments since the Tripartite Social Accord, it is notable that the three main actors — labor unions, the employers and the government — has engaged in voluntary participation and dialogue, thereby experimenting the spirit of social corporatism.

After the IMF crisis, the 2008 global financial crisis from the United States, initiated by the fallout of the Lehman Brothers Holdings had also some influence on Korean labor legislation. This incident was meaningful in the sense that a critical perspective was newly shed on unleashed neo-liberalism and totalitarian market ideology. Thereafter, the importance of working out the problem of inequality and providing more social protection has drawn more attention, not only from human rights perspective but also as a precondition of economic revival.

The author, based on his own legislative experience and prior studies, depicts and

---

<sup>\*</sup> Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

analyzes the main evolvement of Korean labor legislation. In Chapter 2, an overall history of Korean labor legislation is provided; this is to understand the IMF incident in light of the prior labor law amendments. In Chapter 3, the detailed contents of post-IMF labor law amendment is explained on a plain, factual basis. In Chapter 4, the author presents the main discourse of labor law academia after the IMF crisis, especially on how the neo-liberalistic trend has impacted the academics. Lastly, in Chapter 5 the author presents a selection of today's most meaningful labor law issues; the ones that arose after the neo-liberalistic was abated in some degree.

Keywords: IMF bailout, U.S. initiated global financial crisis, the 2 · 6 Tripartite Social Accord, flexicurity, discussions on the law of employment contract, transition to industry-based unions, infra-subcontract workers, regular wage rate, system of employee representation